Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer

Wirtschaftsverwaltungsrecht

§ 2 Grundlagen und Grundbegriffe des Gewerberechts

Univ.-Prof. Dr. Ulrich Stelkens

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere deutsches und europäisches
Verwaltungsrecht

§ 2 Grundlagen und Grundbegriffe des Gewerberechts

A) Der Grundsatz der Gewerbefreiheit (§ 1 GewO)

B) Der Gewerbebegriff

C) Konzept der Titeltrennung der Gewerbeordnung und Abgrenzung zwischen stehendem Gewerbe und Reisegewerbe

D) Begriff der (Un-)Zuverlässigkeit

A) Der Grundsatz der Gewerbefreiheit (§ 1 GewO)

§ 1 Grundsatz der Gewerbefreiheit

(1) Der Betrieb eines Gewerbes ist **jedermann** gestattet, soweit nicht durch dieses Gesetz Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind.

(2) […].

- § 1 GewO war schon in Ursprungsfassung der Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund von 1869 enthalten
- § 1 GewO ergänzte das **Gesetz über die Freizügigkeit vom 1. November 1867** (Bundesgesetzblatt des Norddeutschen Bundes Band 1867, S. 55)
- Beides ermöglichte die Gründung eines „Bundesbinnenmarktes“ (später: „Reichsbinnenmarktes“)

A) Der Grundsatz der Gewerbefreiheit (§ 1 GewO)

I. Gewerbefreiheitsberechtigte = Jedermann

II. Bindung von Verwaltung und Gerichten an § 1 GewO

III. (Keine) Bindung des Bundesgesetzgebers an § 1 GewO

IV. Bindung der Landesgesetzgebers an § 1 GewO

V. Praktische Bedeutung des § 1 GewO

I. Gewerbefreiheitsberechtigte = Jedermann

Träger der Gewerbefreiheit sind

- **Natürliche Personen**, einschließlich Ausländer;
- **juristische Personen des Privatrechts**, einschließlich ausländischer juristischer Personen;
- Bund, Länder und andere **juristische Personen des öffentliche Rechts**
- Dagegen ist als eher technisches Problem umstritten, ob auch **Personengesellschaften** (oHG, KG, GbR) „gewerbefähig“ sein können oder nur deren geschäftsführende Gesellschafter Träger der Gewerbefreiheit und „Gewerbetreibende“ i. S. des Gewerberechts sind. Hierzu § 10 D des Kurses

I. Gewerbefreiheitsberechtigte = Jedermann

Geltung des § 1 Abs. 1 GewO für Ausländer und ausländische juristische Personen des öffentlichen Rechts

- § 1 Abs. 1 GewO stellt auf Ebene des einfachen Bundesrechts sicher, dass Ausländer und ausländische juristische Personen im Gewerberecht nicht gegenüber Inländern diskriminiert werden;
- Damit bedürfen im Grundsatz insbesondere die unionsrechtliche **Niederlassungsfreiheit** (Art. 49 ff. AEUV) und vergleichbare Regelungen in völkerrechtlichen Verträgen mit Drittstaaten keiner weiteren Umsetzung durch die Gewerbeordnung

  Probleme des „Deutschenvorbehalts“ des Art. 12 Abs. 1 GG und des „Inländervorbehalts“ des Art. 19 Abs. 3 GG und die Frage, ob der Deutschenbegriff“ des Art. 12 Abs. 1 GG auf EU-Ausländer bzw. der „Inlandsbegriffs“ des Art. 19 Abs. 3 GG auf EU-Mitgliedstaaten erstreckt werden kann (vgl. BVerfG, 1 BvR 1916/09 u. a. v. 19.7.2011, Abs. 57 ff. = BVerfGE 129, 78, 95 ff.), stellen sich damit im Anwendungsbereich des Gewerberechts vor den Fachgerichten i.d.R. nicht (anders im verfassungsgerichtlichen Verfahren oder wenn die Verfassungswidrigkeit eines die Gewerbefreiheit einschränkenden Gesetzes gerügt wird).

I. Gewerbefreiheitsberechtigte = Jedermann

Geltung des § 1 Abs. 1 GewO für Bund, Länder, Gemeinden und andere juristische Personen des öffentlichen Rechts

- § 1 Abs. 1 GewO stellt bundesrechtlich sicher, dass auch Verwaltungsträger gewerblich tätig werden *können* (und dann dem Regelungsregime des Gewerberechts unterstehen)
- Ob Verwaltungsträger nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen (z. B. nach Gemeindewirtschaftsrecht) gewerblich tätig werden *dürfen*, schreibt § 1 Abs. 1 GewO dagegen weder vor noch wird dies hierdurch ausgeschlossen; die „Gewerberechtsfähigkeit“ der öffentlichen Hand ist daher nicht „analog“ der Rechtsprechung zur „Grundrechtsunfähigkeit“ der öffentlichen Hand zu beschränken
- Unabhängig von der sich aus § 1 Abs. 1 GewO ergebenden „Gewerberechtsfähigkeit“ der öffentlichen Hand ist die Frage zu entscheiden, wann die öffentliche Hand gewerblich tätig wird. Dies ist eine Frage des Gewerbebegriffs (hierzu § 2 B I 3 des Kurses)

II. Bindung von Verwaltung und Gerichten an § 1 GewO

§ 1 Abs. 1 GewO ist unmittelbar geltendes Recht.

Im Anwendungsbereich der GewO (hierzu § 2 B des Kurses) begründet § 1 Abs. 1 GewO ein subjektiv-öffentliches Recht

- auf Erteilung gewerberechtlicher Erlaubnisse (§ 3 C des Kurses)
- auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über Einschränkungen der Gewerbefreiheit bei Vorliegen einer Ermessensberechtigung (§ 1 Abs. 1 GewO ist insoweit nach § 40 Alt. 2 VwGO, § 114 Satz 1 VwGO „gesetzliche Grenze“ des Ermessens)

Streng genommen ist § 1 Abs. 1 GewO damit im Anwendungsbereich der GewO

- im Rahmen der Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO als „möglicherweise“ verletztes Recht zu nennen
- das Recht, das bei Anfechtungsklagen nach § 113 Abs. 1 VwGO verletzt sein kann
- das Recht, aus dem sich bei Verpflichtungsklagen nach § 113 Abs. 5 VwGO der Anspruch auf Erteilung einer Gewerbeerlaubnis ergeben kann

III. (Keine) Bindung des Bundesgesetzgebers an § 1 GewO

§ 1 Abs. 1 Grundsatz der Gewerbefreiheit

Der Betrieb eines Gewerbes ist jedermann gestattet, soweit nicht **durch dieses Gesetz** Ausnahmen oder Beschränkungen vorgeschrieben oder zugelassen sind.

§ 1 Abs. 1 GewO kann entgegen seinem Wortlaut („durch dieses Gesetz“) als einfaches Bundesrecht den Bundesgesetzgeber nicht rechtlich binden (Parlament kann nicht Folgeparlament binden)

- Kein verbindliches Kodifikationsgebot aus § 1 Abs. 1 GewO
- Keine einfachgesetzliche Derogierung von den Grundsätzen „lex specialis derogat legi generali“ und „lex posterior derogat legi priori“ möglich

Daher kann etwa das AufenthG die Gewerbefreiheit von Ausländern ohne Änderung des § 1 Abs. 1 GewO (und ohne auf § 1 Abs. 1 GewO Bezug zu nehmen) beschränken

III. (Keine) Bindung des Bundesgesetzgebers an § 1 GewO

Aber:

- § 1 Abs. 1 GewO stellt innerhalb des Anwendungsbereichs der GewO (§ 2 B des Kurses) ein Regel-Ausnahme-Verhältnis auf,
- was letztlich eine Auslegungsdirektive zu Gunsten der Gewerbefreiheit begründet
- Auch gewerberechtliche Verordnungsermächtigungen nach Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG sind im Lichte des § 1 Abs. 1 GewO eher restriktiv auszulegen.

IV. Bindung des Landesgesetzgebers an § 1 GewO

- § 1 Abs. 1 GewO verdeutlicht, dass der Bund im Anwendungsbereich der Gewerbeordnung (§ 2 B des Kurses) **umfassend von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz auch Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG Gebrauch gemacht** hat.
- Länderregelungen sind damit nach Art. 72 Abs. 1 GG ausgeschlossen.
- Ausnahme seit 2006 (wegen Änderung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) nur im Bereich des Rechts des Ladenschlusses, der Gaststätten, der Spielhallen, der Schaustellung von Personen, der Messen, der Ausstellungen und der Märkte (hierzu § 1 D III des Kurses)
- Ausnahmen bestehen ferner, soweit die Gewerbeordnung selbst eine bestimmte Materie dem Landesrecht frei gibt

  So etwa für Recht der Spielbanken: § 33h GewO i.V.m. § 284 StGB verdeutlichen, dass der Bund insoweit von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz zur Regelung des „Rechts der Glücksspielwirtschaft“ keinen Gebrauch macht, sondern auf Landes-Gefahrenabwehrrecht verweist, aber nur soweit „Glückspiele“ i.S.d. § 284 StGB erfasst sind

IV. Bindung des Landesgesetzgebers an § 1 GewO

Bestattungsgesetz (BestG) Rheinland Pfalz

§ 26 Berufsausübung, Schutzmaßnahmen und Schweigepflicht beim Umgang mit verstorbenen Personen

(1) Personen, die beruflich die Reinigung, Ankleidung oder Einsargung von Leichen vornehmen, die in Feuerbestattungsanlagen, anatomischen Instituten, Instituten der Pathologie oder Instituten der Rechtsmedizin mit nicht konservierten Leichen oder Leichenteilen umgehen oder die Tätigkeit einer Totengräberin oder eines Totengräbers ausüben, dürfen nicht zugleich in einem Heil- oder Heilhilfsberuf oder im Nahrungsmittel-, Genussmittel-, Gaststätten- oder Friseurgewerbe tätig sein oder beschäftigt werden; das Grundrecht der freien Berufsausübung (Artikel 12 Abs. 1 des Grundgesetzes) wird insoweit eingeschränkt. Dies gilt nicht für Personen, die in anatomischen Instituten ausschließlich mit konservierten Leichen oder Leichenteilen umgehen, sowie für Ärztinnen und Ärzte, die in anatomischen Instituten, Instituten der Pathologie oder Instituten der Rechtsmedizin Leichenschauen durchführen; sie haben während dieser Tätigkeit geeignete Schutzkleidung zu tragen.

(2) und (3) […].

IV. Bindung des Landesgesetzgebers an § 1 GewO

§ 26 Abs. 1 BestG RLP als Beispiel für einen landesrechtlichen Verstoß gegen § 1 Abs. 1 GewO:

- Die Gewerbeordnung regelt abschließend die Zulassungsvoraussetzungen für alle Gewerbe und schließt damit auch derartige Inkompatibilitätsregeln aus.

- Der Landesgesetzgeber kann daher nicht regeln, dass Leichenbesorger keine Gaststätte betreiben (und damit z. B. keine Trauerfeiern mit Bewirtung) ausrich-ten dürfen (soweit man nicht davon ausgeht, dass ein solcher Ausschluss zum „Recht des Gaststättengewerbes“ gehört, das nun landesrechtlich geregelt werden kann).

- Derartige Regelungen könnten mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar sein – aber wegen § 1 Abs. 1 GewO nur, wenn der Bundesgesetzgeber sie regelt. § 26 Abs. 1 BestG RLP ist nach Art. 31 GG wegen Verstoßes gegen § 1 Abs. 1 GewO nichtig

  U. Stelkens, WiVerw 2026, 25, 26.

IV. Bindung des Landesgesetzgebers an § 1 GewO

Weiteres **Beispiel** für einen landesrechtlichen Verstoß gegen § 1 Abs. 1 GewO:

BestattG MV (i.d.F. des 2. G. zur Änderung des BestattungsG v. 13.7.2021 (GVOBl. M-V S. 1164)

§ 8 – Aufbewahrung und Beförderung von Leichen

(1) bis (5) […].

(6) Die Aufbewahrung und Beförderung von Leichen hat den DIN-Normen DIN EN 15017 und DIN EN 75081 in ihrer jeweils geltenden Fassung zu entsprechen. Institutionen, die Tätigkeiten in diesem Bereich ausführen, müssen ein **zertifiziertes Qualitätsmanagement** nachweisen. Die Zertifizierung erfolgt nach ISO durch eine bei der Deutschen Akkreditierungsstelle akkreditierte Zertifizierungsstelle.

§ 20 – Ordnungswidrigkeiten

Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig […].

8. entgegen § 8 Absatz 6 die Aufbewahrung und Beförderung von Leichen nicht den dort benannten DIN-Normen entsprechend durchführt oder nicht den Nachweis der Zertifizierung besitzt.

IV. Bindung des Landesgesetzgebers an § 1 GewO

WIRTSCHAFT UND VERWALTUNG

THEMENHEFT ZUM GEWERBEARCHIV

Herausgeber: Dr. Frank Hüpers
Unter Mitwirkung von: Prof. Dr. Martin Burgi – Prof. Dr. Walter Frenz – Dr. Frank Rieger – Prof. Dr. Wolf-Rüdiger Schenke

WiVerw 1/2022
März 2022 · Seite 1–36
46. Jahrgang · www.gewerbearchiv.de

Univ.-Prof Dr. Ulrich Stelkens, Speyer *

Verfassungs- und Unionsrechtswidrigkeit der Einführung von Qualitätsmanagements-Zertifizierungspflichten für Bestatter in Mecklenburg-Vorpommern

Zu § 8 Abs. 6 BestattG M-V i.d.F. des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Bestattungsgesetzes vom 13. Juli 2021

Am 23. und 24. September 2021 fanden zum dreizehnten Mal die jährlichen „Speyerer Tage zum Friedhofs- und Bestattungsrecht" an der Deutschen Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer statt.[1] Hier wurde auch § 8 Abs. 6 BestattG M-V angesprochen, der durch Art. 1 Nr. 5 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Bestattungsgesetzes in das BestattG M-V eingefügt worden ist, am 1. Juni 2022 in Kraft treten soll und eine Qualitätsmanagements-Zertifizierungspflicht für Bestatter einführt. Die Verfassungs- und Unionsrechtskonformität dieser Bestimmung wirft Zweifel auf, denen der Beitrag nachgeht.

staltung des Bestattungsgewerbes in ein zulassungsbedürftiges Gewerbe am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG Bestand haben könnte, auch soweit als Zulassungsvoraussetzungen (etwa nach dem Vorbild des § 34 a oder § 34 c GewO) Sachkundenachweise, eine positive Zuverlässigkeitsprognose oder auch der Nachweis einer Haftpflichtversicherung statuiert würden.[6] Der Einführung derartiger Berufszulassungsvoraussetzungen würde auch das EU-Richtlinienpaket zur Dienstleistungsfreiheit nicht grundsätzlich entgegenstehen, obwohl dieses durchaus eine ganze Reihe miteinander verflochtener formeller und materieller Anforderungen aufstellt,

IV. Bindung des Landesgesetzgebers an § 1 GewO

§ 8 Abs. 6 BestattG MV n.F.

- ist wegen Verstoßes gegen § 1 GewO iVm Art. 31 GG nichtig (was aber nur mittels einer Vorlage zum BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG verbindlich geklärt werden kann)
- Verstößt gegen das rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot für Gesetze und ist auch deshalb verfassungswidrig nichtig (was aber nur mittels einer Vorlage zum BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG verbindlich geklärt werden kann)
- ist wegen formellen und materiellen Verstößen gegen unionsrechtliche Vorgaben (**Art. 59 Abs. 3** iSd RL 2005/36 EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen i.d.F. der RL 2013/55/EU und RL (EU) 2018/958 über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen) jedoch „ohne weiteres unanwendbar“ und ist damit von (allen) Gerichten und Behörden (in Ordnungswidrigkeitenverfahren) nicht anzuwenden

IV. Bindung des Landesgesetzgebers an § 1 GewO

Sperrwirkung des § 1 Abs. 1 GewO gegenüber Landesgesetzgeber gilt jedoch nur für Gewerbe**zulassungs**regelungen, nicht für Gewerbe**ausübungs**regelungen

Beispiel 1 (nach BVerwG, I C 39.67 v. 24.6.1971, Abs. 12 ff. = BVerwGE 38, 208, 213): Inhaber eines Fischgroßhandels geht gegen Lärmschutzauflage vor, die (vor Inkrafttreten des BImSchG) auf Landes-Immissionsschutzrecht gestützt wurde und den Anlieferverkehr zum Schutz der Nachbarschaft in der Nachtzeit untersagte, was i. E. den Weiterbetrieb des Fischgroßhandels an diesem Ort ausschloss. Nach Auffassung des BVerwG

- regelt eine auf Landesrecht gestützte Lärmschutzauflage nicht die Zulassung zum Gewerbe, sondern nur die Art und Weise der Ausübung des Gewerbes,
- stehe § 1 GewO daher auf Landesrecht gestützten Lärmschutzauflagen nicht entgegen,
- sei die Anwendung Landesgefahrenabwehrrecht mit dem in § 1 GewO niedergelegten Grundsatz der Gewerbefreiheit auch dann vereinbar, wenn sie im Einzelfall dazu führe, dass der Gewerbebetrieb nicht mehr an der bisherigen Stelle ausgeübt werden könne.

IV. Bindung des Landesgesetzgebers an § 1 GewO

Beispiel 2: Auf Grundlage des Landes-Gefahrenabwehrrechts wird der Betrieb eines „Laserdromes“ (Laser-Tag-Anlage) untersagt, weil die Spielausgestaltung gegen die Menschenwürde verstoße

LASERDROME

© Klaus Grupp (Universität des Saarlandes) und Ulrich Stelkens (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)

mit freundlicher Unterstützung der jurmatix Legal Intelligence UG (haftungsbeschränkt), Gersheim

Am Rathausplatz im Stadtzentrum der Stadt Saarheim und seiner näheren Umgebung, für die kein Bebauungsplan existiert, befinden sich u.a. außer dem Rathaus noch die Saarheimer Hauptpost, ein Kaufhaus, verschiedene Versicherungs- und Bankgebäude, ein Ärztehaus, das Hotel Ducal, die katholische St. Hildebold-Kirche, ein Parkhaus mit Tankmöglichkeit und die gutbürgerliche Gaststätte "Zum Hirschen". Deren neuer Inhaber, Heinz Hirsch, plant den Umbau des ca. 500 qm großen - ziemlich nutzlosen - Lagerkellers der Gaststätte zu einem "Laserdrome", einer "Laserspiel-Anlage".

In einem Prospekt der Herstellerfirma wird das Spiel folgendermaßen beschrieben:

"Gespielt wird in einem Raum, in dem eine Art Mondlandschaft aufgebaut ist. Diese ist abgedunkelt, gefüllt von künstlichen Nebelschwaden und wird nur für Bruchteile von Sekunden von Blitzen erhellt. Die bis zu zwanzig Teilnehmer des Spiels werden in zwei Gruppen aufgeteilt und mit einem Laserziel- und einem Laserempfangsgerät ausgestattet. Die Empfangsgeräte tragen die Spieler auf Brust und Rücken, was denen das Aussehen von kugelsicheren Westen gibt. Die Laserzielgeräte haben die Form einer Maschinenpistole und werden mittels eines Abzuges betätigt. Zweck des Spieles ist es, bei den gegnerischen Teilnehmern möglichst viele Laserstrahlen auf das Empfangsgerät zu lenken und gleichzeitig möglichst wenige Treffer von anderen Spielteilnehmern zu empfangen. Hierfür gibt es jeweils Plus- bzw. Minuspunkte. Gekämpft wird um die sogenannte 'Energizer-Station' der jeweils gegnerischen Partei. Wird diese getroffen, bekommt man bis zu fünfzig Zusatzpunkte. Die erzielten Punkte werden am Ende des Spieles ausgewertet und so der Sieger der Spielrunde ermittelt."

In dem Prospekt ist weiterhin die folgende Äußerung über das Spiel abgedruckt:

"Du kriechst unter einen Pfeiler, suchst Schutz im rauchigen Dunkel des Raumes. Deine Ohren lauern auf das kleinste Geräusch deines sich nähernden Feindes. Dein Zeigefinger spielt im Rhythmus des Herzschlags nervös am Abzug. Ein Fußtritt. Du wirbelst herum. Aus dem Nebel heraus zeigt ein Gewehr direkt auf dich, und deine Reflexe werfen dich zur Seite, als ein leuchtend roter Laserstrahl durch die tiefe Schwärze auf dich zugeschossen kommt. Augenblicklich betätigst du den Abzug und schickst eine Salve der durchdringenden roten Strahlen in die Schatten...".

IV. Bindung des Landesgesetzgebers an § 1 GewO

Beispiel 2: Auf Grundlage des Landes-Gefahrenabwehrrechts wird der Betrieb eines „Laserdromes“ (Laser-Tag-Anlage) untersagt, weil die Spielausgestaltung gegen die Menschenwürde verstoße.

BVerwG, 6 C 3/ 01 v. 24.10.2001, Abs. 45 ff. = BVerwGE 115, 189, 192 ff.:

„[Durch § 1 Abs. 1 GewO wird] die Anwendung sonstiger Normen, welche die gewerbliche Tätigkeit beeinflussen, aber nicht ausgeschlossen, denn durch diese Bestimmungen wird nicht die Gewerbeausübung als solche infrage gestellt, sondern lediglich die Art und Weise der Gewerbeausübung eingeschränkt. Einer landesrechtlichen Regelung der Ausübung des Gewerbes steht § 1 GewO nicht entgegen (Urteil vom 24. Juni 1971 - BVerwG I C 39.67 - BVerwGE 38, 209, 213). Daher sind auch gegenüber Gewerbetreibenden ordnungsbehördliche Anordnungen kraft Landesrechts zulässig.

Eine etwaige Schließungsbefugnis nach § 15 Abs. 2 GewO lässt die Zulässigkeit einer Unterbindung einzelner Spielvarianten, wie sie hier in Rede steht, auf der Grundlage des landesrechtlichen Ordnungsrechts unberührt, wenn damit kein Verbot der Gewerbeausübung verbunden ist. So liegt es hier, weil nicht der Betrieb des Laserdromes als solcher untersagt worden ist. Dass andere Spielvarianten in Betracht kommen, zeigt schon der Bauantrag der Klägerin.“

V. Praktische Bedeutung des § 1 GewO

Grundsatz der Gewerbefreiheit bedeutet vor allem, dass im Anwendungsbereich der Gewerbeordnung (§ 2 B des Kurses)

- Sachkundenachweise (etwa in Form erfolgreichen Durchlaufens einer Berufsausbildung)
- Leumundsnachweise, Zuverlässigkeitsnachweise, Vorstrafenfreiheit etc.
- angemessene Kapitalausstattung
- angemessene Haftpflichtversicherung u. ä.

nicht Voraussetzung für die Aufnahme einer gewerblichen Tätigkeit sind, soweit dies in der Gewerbeordnung nicht anders bestimmt ist. Verbraucherschutz wird generell über das Privatrecht und das Insolvenzrecht oder repressive Kontrolle (nach § 35 GewO – hierzu § 3 A II des Kurses) gewährt.

Ohne jeden Sachkundenachweis ist (überraschenderweise) etwa zulässig

- Ausübung des Bestatterberufs (vgl. *U. Stelkens*, WiVerw 2016, 48 ff.)
- Betrieb von Piercing und Tatoostudios (vgl. Dienstleistungsportal Bayern)

B) Der Gewerbebegriff

Gewerbebegriff

- umschreibt den Anwendungsbereich der Gewerbeordnung
- damit auch die Überwachungszuständigkeit der Gewerbeaufsichtsämter nach Maßgabe der Ausführungsverordnungen und –gesetze der Länder
- gilt einheitlich im *deutschen* Wirtschaftsverwaltungsrecht (Unionsrecht verwendet die Begriffe „Gewerbe“ bzw. „gewerblich“ ggf. anders, was sich auch im Umsetzungsrecht niederschlagen kann, vgl. *Fritz*, EuR 2024, 181 ff.)
- bildet die Basis für den steuerlichen Gewerbebegriff, der aber im Detail abweicht (vgl. § 15 EStG)
- wird von Nicht-Gewerben in § 6 GewO nur negativ abgegrenzt, aber nicht positiv legaldefiniert
- ist in Hinblick auf das verfassungsrechtliche Bestimmtheitserfordernis nicht unproblematisch: *Rixen*, GewArch 2020, 121, 125 f.

B) Der Gewerbebegriff

§ 6 GewO
Anwendungsbereich

(1) Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf die **Fischerei**, die Errichtung und Verlegung von Apotheken, die Erziehung von Kindern gegen Entgelt, das Unterrichtswesen, auf die Tätigkeit **der Rechtsanwälte, Patentanwälte und Notare**, der nach § 16 des Rechtsdienstleistungsgesetzes im Rechtsdienstleistungsregister eingetragenen Personen, der **Wirtschaftsprüfer** und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, der vereidigten Buchprüfer und Buchprüfungsgesellschaften, der **Steuerberater** und Steuerberatungsgesellschaften sowie der Steuerbevollmächtigten, auf den Gewerbebetrieb der Auswandererberater, das Seelotswesen und die **Tätigkeit der Prostituierten**. Auf das Bergwesen findet dieses Gesetz nur insoweit Anwendung, als es ausdrückliche Bestimmungen enthält; das gleiche gilt für den Gewerbebetrieb der Versicherungsunternehmen, die **Ausübung der ärztlichen und anderen Heilberufe**, den Verkauf von Arzneimitteln, den Vertrieb von Lotterielosen **und die Viehzucht**. Ferner findet dieses Gesetz mit Ausnahme des Titels XI auf Beförderungen mit Krankenkraftwagen im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung mit Abs. 1 des Personenbeförderungsgesetzes keine Anwendung.

(2) und (3) […].

B) Der Gewerbebegriff

Beispiele für Relevanz des Gewerbebegriffs

- **VGH Kassel, 8 TG 713/99 v. 2.2.2000 = NJW 2000, 2760:** Werden in einem Piercingstudio Piercings mit örtlicher Betäubung durchgeführt, verfügt der Inhaber des Piercingstudios aber nicht über die für die Durchführung der örtlichen Betäubung notwendige Heilpraktikererlaubnis nach § 1 Abs. 1 Heilpraktikergesetz, kann der Betrieb des Piercingstudios nicht auf gewerberechtlicher Grundlage untersagt werden, weil Heilberufe keine Gewerbe sind und die Gewerbeaufsicht nicht zur Durchsetzung des Heilpraktikergesetzes zuständig ist.

- **VGH München, 22 B 17.2245 v. 2.5.2018, Abs. 65 ff.**: Einer Grafikdesignerin kann die selbständige Tätigkeit wegen Steuerrückständen nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO nur insoweit untersagt werden, wie sie Gewerbetreibende ist, jedoch nicht, soweit sie künstlerisch tätig ist und Kunst verkauft. Denn Kunstausübung ist kein Gewerbe

B) Der Gewerbebegriff

Gewerbe i.S.d. GewO ist jede (vier positive Merkmale, sog. „**Gewerbsmäßigkeit**“)

- **erlaubte** (bzw. nicht sozial unwertige, str.),
- **auf Gewinnerzielung gerichtete**,
- **fortgesetzte** (= auf eine gewisse Dauer / Intensität angelegte),
- **selbständige** (= Handeln im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, unter Übernahme des Unternehmensrisikos bei persönlicher und fachlicher Unabhängigkeit)

Tätigkeit.

Ausgenommen sind (vier negative Merkmale, sog. „**Gewerbsfähigkeit**“):

- **Urproduktion**
- **freie Berufe**
- **Prostitution** – erst 2017 als „neues“ negatives Merkmal hinzugekommen; findet sich in der Literatur (oft) noch nicht
- **bloße Verwaltung des eigenen Vermögens**

I. Vier positive Merkmale (Gewerbsmäßigkeit)

1. **Gewerbebegriff und verbotene Tätigkeiten**
2. **Strittig: Können „sozial unwertige“ Tätigkeiten „Gewerbe“ sein?**
3. **„auf Gewinnerzielung gerichtet“**
4. **„fortgesetzt / auf Dauer angelegt“**
5. **„selbständig“**

Bemerkung: Dass hier fünf und nicht vier Merkmale aufgeführt werden, ist kein Versehen, sondern beruht darauf, dass hier – entgegen sonst üblicher Praxis – zwischen dem Begriffsmerkmal „keine verbotene Tätigkeit“ und dem Begriffsmerkmal „keine sozial unwertige Tätigkeit“ unterschieden wird.

1. Gewerbebegriff und verbotene Tätigkeiten

Herausnahme „verbotener Tätigkeiten“ aus dem Gewerbebegriff soll dazu dienen, Tätigkeiten, die allgemein verboten sind, nicht dann der Überwachung durch die Gewerbeaufsicht zu unterstellen, wenn sie gewerbsmäßig betrieben werden.

- Gewerbeaufsicht dient nicht der Überwachung der „organisierten Kriminalität“
- Anders als im Steuerrecht (§ 40 AO) ist es für die Anwendbarkeit der Gewerbeordnung nicht unbeachtlich, wenn eine Tätigkeit gegen ein gesetzliches Gebot verstößt
- Aber: Ist eine Tätigkeit im Grundsatz (jedermann) erlaubt, unterfällt sie auch dann dem Gewerbebegriff (und fällt in den Anwendungsbereich der GewO), wenn der Gewerbetreibende bei der Gewerbeausübung gegen gesetzliche Verbote verstößt

1. Gewerbebegriff und verbotene Tätigkeiten

Die Abgrenzung zwischen **generell verbotenen Tätigkeiten**, die auch bei gewerbsmäßiger Vornahme nicht dem Gewerbebegriff unterfallen, und der rechtswidrigen Ausübung eines Gewerbes, verläuft ähnlich wie die Abgrenzung, ob und inwieweit **verbotene Tätigkeiten** in den **Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG** fallen. Hierzu etwa

- BVerwG, I C 6.63 v. 4.11.1965, Abs. 8 ff. = BVerwGE 22, 286, 288: Wahrsagen kann nicht durch Verbot „gewerblichen Wahrsagens“ aus dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG „herausdefiniert“ werden
- VGH München, 21 B 85 A.1614 v. 29.7.1986 = NJW 1987, 727 ff.: Art. 12 Abs. 1 GG umfasst nicht die gewerbsmäßige Vornahme unerlaubter Schwangerschaftsabbrüche
- OVG Münster, 13 B 2140/85 v. 19.11.1985 = NJW 1986, 2783: Art. 12 Abs. 1 GG schützt nicht vor belastenden behördlichen Maßnahmen als Reaktion auf verbotenes gewerbliches Beigeben von Diethylenglykol in Wein (Ergebnis eher zweifelhaft: Es liegt eher eine rechtswidrige Berufsausübung und nicht die Ausübung eines verbotenen Berufs vor).

2. Strittig: Können „sozial unwertige“ Tätigkeiten „Gewerbe“ sein?

Problem: Unterfallen auch solche Tätigkeiten dem Gewerbebegriff, die zwar nicht allgemein verboten, aber „sozial unwertig“ sind, weil sie „den Wertvorstellungen der Gemeinschaft“ widersprechen?

- Wurde früher vor allem im Hinblick auf die **Prostitution und das Prostitutionsgewerbe** verneint (d. h. die Prostitution wurde wegen ihrer „sozialen Unwertigkeit“ nicht als Gewerbe eingestuft und unterstand damit allein der Überwachung durch die allgemeinen Polizei- und Ordnungsbehörden)
- Deckte sich damit, dass die Prostitution und das Prostitutionsgewerbe als nicht von der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG geschützt angesehen wurde (BVerwG, I C 6.63 v. 4.11.1965, Abs. 10 = BVerwGE 22, 286, 288; BVerwG, 4 C 21.83 v. 25.11.1983 Abs. 16 = BVerwGE 68, 213, 219)
- Heute wird an „fehlender sozialer Unwertigkeit“ als Bestandteil der Gewerbe-Definition zwar festgehalten, jedoch eine „soziale Unwertigkeit“ hinsichtlich des Prostitutionsgewerbes (zumindest seit Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes (ProstG) v. 20. 12.2001) verneint:

  BVerwG, 6 C 16/02 v. 6.11.2002 = NVwZ 2003, 603 ff. (Betrieb eines Swinger-Clubs);
  BVerwG, 8 B 2/09 v. 23.3.2009 = NVwZ 2009, 911 ff. (Anbahnungsgaststätte in Bordell)

2. Strittig: Können „sozial unwertige“ Tätigkeiten „Gewerbe“ sein?

- Heutige Anerkennung fehlender „sozialer Unwertigkeit“ von Prostitution und Prostitutionsgewerbe deckt sich damit, dass beide Tätigkeiten heute als „Beruf“ i. S. des Art. 12 Abs. 1 GG anerkannt sind.

  BVerwG, 6 B 42.15 v. 22.3.2016, Abs. 14 f. = GewArch 2016, 383, Abs. 14 f.: SperrbezirksVO = Berufsausübungsregelung; s. ferner Gesetzesbegründung zum Prostituiertenschutzgesetz (ProstSchG): BT-Drs. 18/8556, S. 33

- **Prostitution und Prostitutionsgewerbe** wurden wohl v. a. deshalb aus dem Gewerbebegriff herausdefiniert, weil die Überwachungsinstrumente der GewO für die Besonderheiten des „Rotlichtmilieus“ kaum passten und die Gewerbeaufsichtsämter für die Kontrolle des „Rotlichtmilieus“ nicht angemessen ausgestattet waren (und sind). Im Hinblick auf die **(Straßen-)Prostitution** wurden insoweit zudem Probleme im Hinblick auf § 55, § 55e GewO gesehen.

  Zur früheren Diskussion : *Gurlit*, GewArch 2008, 426 ff.; *Schöbener/Rafii*, KSzW 2012, 172 ff.; zur Haltung der Verwaltung: *Mäurer*, ZRP 2010, 253 ff.; *Renzikowski*, ZRP 2014, 75 ff.; *Schönleiter/Stenger*, GewArch 2009, 294, 295

2. Strittig: Können „sozial unwertige“ Tätigkeiten „Gewerbe“ sein?

- **Ab 1. Juli 2017**: Inkrafttreten des Prostituiertenschutzgesetzes (ProstSchG): Dort Unterscheidung zwischen (nicht dem Gewerbebegriff unterfallender) Prostitution und dem „Prostitutionsgewerbe“ (siehe nächste Folien und auch § 2 B II 3 des Kurses)
- Für Prostitution und Prostitutionsgewerbe sieht ProstSchG besondere Überwachungszuständigkeiten und besondere Überwachungsinstrumente vor, so dass eine „Herausnahme“ des Prostitutionsgewerbes aus dem Gewerbebegriff wegen Ungeeignetheit der gewerberechtlichen Überwachungsinstrumente nicht mehr notwendig ist.
- Dennoch: Bisher *keine* generelle Aufgabe des Merkmals der „fehlenden sozialen Unwertigkeit“ aus der Gewerbe-Definition

  Siehe hierzu auch *Ennuschat*, in: Chan/Ennuschat/Lee/Storr (Hrsg.), Ethik und Öffentliche Wirtschaftsrecht, 2025, 149, 153 ff. und 166 ff. (mit Überlegungen zur kommerziellen Sterbehilfe als Anwendungsfall).

§ 2 ProstSchG

Begriffsbestimmungen

(1) Eine sexuelle Dienstleistung ist eine sexuelle Handlung mindestens einer Person an oder vor mindestens einer anderen unmittelbar anwesenden Person gegen Entgelt oder das Zulassen einer sexuellen Handlung an oder vor der eigenen Person gegen Entgelt. Keine sexuellen Dienstleistungen sind Vorführungen mit ausschließlich darstellerischem Charakter, bei denen keine weitere der anwesenden Personen sexuell aktiv einbezogen ist.

(2) **Prostituierte** sind Personen, die sexuelle Dienstleistungen erbringen.

(3) Ein **Prostitutionsgewerbe** betreibt, wer gewerbsmäßig Leistungen im Zusammenhang mit der Erbringung sexueller Dienstleistungen durch mindestens eine andere Person anbietet oder Räumlichkeiten hierfür bereitstellt, indem er

1. eine Prostitutionsstätte betreibt,
2. ein Prostitutionsfahrzeug bereitstellt,
3. eine Prostitutionsveranstaltung organisiert oder durchführt oder
4. eine Prostitutionsvermittlung betreibt.

(4) Prostitutionsstätten sind Gebäude, Räume und sonstige ortsfeste Anlagen, die als Betriebsstätte zur Erbringung sexueller Dienstleistungen genutzt werden

(5) Prostitutionsfahrzeuge sind […]

(6) Prostitutionsveranstaltungen sind […]

(7) Prostitutionsvermittlung ist […]

2. Strittig: Können „sozial unwertige“ Tätigkeiten „Gewerbe“ sein?

BT-Drs. 18/8556, S. 104 (zur Ergänzung des § 6 GewO)

Nach wohl überwiegender Auffassung ist die **persönliche Ausübung der Prostitution** kein Beruf wie jeder andere und **kein Gewerbe** im Sinne der Gewerbeordnung. Auch wenn einige Kommunen Gewerbeanzeigen von Prostituierten entgegennehmen, besteht im Verwaltungsvollzug weitgehende Übereinstimmung, dass Prostituierte kein nach § 14 Abs. 1 GewO anmeldepflichtiges Gewerbe ausüben. […]

Davon zu unterscheiden ist der **Betrieb eines Prostitutionsgewerbes**. Hier handelt es sich um ein **Gewerbe im Sinne der Gewerbeordnung**, so dass insbesondere auch eine Anzeigepflicht nach § 14 Ab. 1 GewO besteht.

2. Strittig: Können „sozial unwertige“ Tätigkeiten „Gewerbe“ sein?

Erste Rechtsprechung zum ProstSchG:

- OVG Münster, 13 B 1282/19 v, 17.1.2020 = NJW 2020, 1829 ff.: Anmelde- und Beratungspflicht für Prostituierte ist mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar
- OVG Münster, 4 B 468/19 v. 15.1.2020, Abs. 7 ff. = GewArch 2020, 283 ff.: Für die Bewertung der „Zuverlässigkeit“ eines Prostitutionsgewerbetreibenden gelten die allgemeinen Grundsätze (hierzu § 2 D des Kurses)
- OVG Koblenz, 6 B 10241/20 v. 8.4.2020 = NVwZ-RR 2020, 970 ff.: Zu den Voraussetzungen einer Prostitutionsgewerbeerlaubnis nach § 12 ff. ProstSchG
- VGH Mannheim, 6 S 270/22 v. 14.10.2022 = GewArch 2023, 122: Bedeutung der Erlaubnisfiktion für Altbetriebe nach § 37 Abs. 4 ProstSchG
- VGH Mannheim, 6 S 928/24 v. 10.12.2024 = VBlBW 2025, 383 ff.: Zu Sicherheitskonzept-Auflagen nach § 17 Abs. 1 ProstSchG
- VGH Kassel, 6 B 1891/24 v. 10.3.2025 = NVwZ-RR 2026, 291 ff.: Regeln für Mischbetrieb zwischen Bordell und Gaststätte
- OVG Münster, 4 B 559/23 v. 14.3.2025 = DVBl. 2025, 979 ff.: Zu § 18 Abs. 1 ProstSchG zu Mindestanforderungen an Prostitutionsanlagen
- OVG Münster, 4 B 1126/22 v. 28.10.2024 = NVwZ-RR 2025, 229 ff.: Zu Anforderungen nach Betriebskonzept nach § 16 ProstSchG

2. Strittig: Können „sozial unwertige“ Tätigkeiten „Gewerbe“ sein?

- Verbleibender möglicher Anwendungsbereich des Begriffsmerkmals „fehlende soziale Unwertigkeit“: **Betteln als Gewerbe**.
- Wenn dies bejaht würde, bedürften Bettler einer Reisegewerbekarte (§ 55 GewO) und benötigten eine straßenrechtliche Sondernutzungserlaubnis (da gewerbliche Tätigkeit kein Gemeingebrauch ist).
- Die h. M. sieht jedoch das Betteln nicht als Gewerbe an:

  Kahl, in: Landmann/Rohmer (Begr.), GewO, Einl. Rn. 46 (70. EL. 2015): Betteln kein Gewerbe wegen sozialer Unwertigkeit;

  im Ergebnis ebenso *Friauf*, in: Friauf (Begr.), GewO, § 1 Rn. 151 (EL. 2015): Fehlen einer Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr, da Bettler keine Gegenleistung erbringe: planmäßig-nachhaltige Entgegennahme von Geschenken begründe keine Nachhaltigkeit.
- Betteln wird daher vor allem als ein Problem gesehen, das in die Zuständigkeit der allgemeinen Gefahrenabwehrbehörden fällt, nicht in die Zuständigkeit der Gewerbeaufsicht (s. *Enzensperger*, NJW 2018, 3550 ff.).

2. Strittig: Können „sozial unwertige“ Tätigkeiten „Gewerbe“ sein?

- EGMR, 14065/15 v. 19.1.2021 – Lacatus ./. Schweiz (deutsch: NLMR 1/2021): Betteln ist von Art. 8 EMRK geschützt und darf nicht pauschal bestraft werden, wenn einzige Möglichkeit ist, um Lebensunterhalt zu verdienen.

- EGMR, 44002/22 v. 21.5.2024 Dian ./. Dänemark: Die Lactatus-Entscheidung bedeutet nicht, dass aus Art. 8 EMRK ein Recht zum Betteln folgt, sondern nur eine Pflicht zur Berücksichtigung der Situation besonders vulnerabler Personen

3. „auf Gewinnerzielung gerichtet“

OVG Bautzen, 6 B 324/20 v. 7.6.2021 = NVwZ-RR 2021, 891 ff.

„15. Obwohl es sich um ein subjektives Definitionskriterium handelt, ist das Vorliegen der Gewinnerzielungsabsicht im Rahmen einer Gesamtschau nach objektiven Kriterien zu bestimmen […]. **Von einer Gewinnerzielungsabsicht ist regelmäßig auszugehen, wenn ein unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteil erwartet wird, der zu einem Überschuss über die Kosten der Tätigkeit führt. Voraussetzung ist jedoch nicht, dass tatsächlich ein Gewinn erzielt wird**, da allein die (tendenziell „gefährliche“) Absicht der Gewinnerzielung zählt. Unverzichtbares Merkmal des Gewerbebegriffes ist allein die Absicht der Gewinnerzielung, nicht aber die Möglichkeit, diese Absicht auch zu verwirklichen […]..
Ausreichend aber auch erforderlich ist aber zumindest eine objektive Eignung der Tätigkeit zur Erzielung von Gewinne […].
16. Ohne Erfolg beruft sich der [Ast.] darauf, die Tatsache, dass er als „nicht wirtschaftlicher Verein“ i. S. v. § 21 BGB Rechtsfähigkeit […] schließe bei ihm die Annahme einer Gewinnerzielungsabsicht von vornherein aus. **Die Eintragung als nicht wirtschaftlicher Verein allein sagt nichts darüber aus, ob mit ihm zumindest auch wirtschaftliche Zwecke verfolgt werden**. […].“

3. „auf Gewinnerzielung gerichtet“

Kein Gewerbe sollen religiöse, soziale oder sonst ideelle bzw. **gemeinnützige Tätigkeiten** sein, jedenfalls wenn sie unentgeltlich oder eindeutig nicht kostendeckend vorgenommen werden

- Insbesondere **Spendensammeln** ist damit grundsätzlich kein Gewerbe und kann (und wird teilweise) durch Landesgesetze (sog. Sammlungsgesetze) geregelt (vgl. SammlG RLP; SaarlSammlG**;** ThürSammlG), die aber in vielen Ländern mittlerweile aufgehoben worden sind

- Sonderregelungen gelten z. B. auch für **gemeinnützige Sammlungen überlassungspflichtiger Abfälle** nach § 17 Abs. 2 Nr. 3 i.V.m. § 18 KRWG

- Sonderregeln für gemeinnützige Organisationen können ebenfalls nach dem Rettungsdienstrecht der Länder bestehen

Insgesamt ist das Recht des „dritten Sektors“ (und der freien Wohlfahrtspflege – insbesondere Arbeiter-Samariter-Bund, Caritas [und Malteser-Hilfsdienst], DRK, Diakonie) zwar von erheblicher Bedeutung, jedoch kaum umfassend rechtswissenschaftlich aufgearbeitet.

3. „auf Gewinnerzielung gerichtet“

Abgrenzung zwischen Gewerbe und gemeinnütziger Tätigkeit:

- erfolgt nicht danach, wer eine bestimmte Tätigkeit ausübt, sondern danach, ob eine bestimmte Tätigkeit – von wem auch immer – mit Gewinnerzielungs-absicht ausgeübt wird.
- Entscheidend ist nur die **Absicht** der Gewinnerzielung: Liegt vor, wenn ein unmittelbarer oder mittelbarer wirtschaftlicher Vorteil erwartet wird, der zu einem Überschuss über die Kosten der Tätigkeit führt.
- Problem: Schülerfirmen als Gewerbe (wenn sie vornehmlich pädagogischen und Bildungszwecken dienen)?

  Hierzu: *Glückert/Helbig*, GewArch 2023, 496, 498.
- Problem: Wann ist die Tätigkeit der öffentlichen Hand als Gewerbe einzustufen und der Überwachung durch die Gewerbeaufsicht zu unterwerfen?

3. „auf Gewinnerzielung gerichtet“

Zur generellen Frage, ob und inwieweit die öffentliche Hand Regelungen unterworfen ist, die an sich auf das Staat-Bürger-Verhältnis zugeschnitten sind, siehe (am Beispiel des Umweltrechts) den Stadtwerkstatt-Fall und *U. Stelkens*, UTR 98 (2008), S. 55 ff.

Stadtwerkstatt

© Klaus Grupp (Universität des Saarlandes) und Ulrich Stelkens (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)

mit freundlicher Unterstützung der jurmatix Legal Intelligence UG (haftungsbeschränkt), Gersheim

Die Stadt Saarheim ist Eigentümerin einer größeren Zahl von Fahrzeugen, die sie im Rahmen der Erfüllung ihrer Aufgaben nutzt. Zu diesem städtischen Fuhrpark gehören u. a. die Dienstwagen der Stadtverwaltung, die Fahrzeuge der Müllabfuhr, der Straßenreinigung und des Winterdienstes. Die Stadt ließ diese Fahrzeuge bis zum Ende des vergangenen Jahres vollständig in den Werkstätten der jeweiligen Hersteller warten, richtete jedoch zum Beginn dieses Jahres aufgrund eines Stadtratsbeschlusses in einem Mischgebiet eine eigene Werkstatt für ihren Fuhrpark ein, um dadurch Arbeits- und Ausbildungsplätze zu schaffen sowie den gestiegenen Preisen in den privaten Werkstätten teilweise entgehen zu können; allerdings werden in der städtischen Werkstatt nur kleinere Wartungen und Reparaturen durchgeführt - freilich, um der besseren Auslastung willen, nicht lediglich für die stadteigenen Fahrzeuge, sondern auch für einen Teil der Kraftfahrzeuge des Saarpfalz Kreises und des Deutschen Roten Kreuzes. Dennoch kam es schon sehr bald nach Inbetriebnahme der Werkstatt zu zahlreichen Beschwerden von Anwohnern, die sich über erhebliche Lärmbelästigungen beklagten. Daraufhin ließ Oberbürgermeister Oskar Obenauf Lärmmessungen vornehmen, die eine deutliche Überschreitung der Grenzwerte ergaben. Durch einige organisatorische Maßnahmen konnte jedoch der Lärmpegel – wie erneute Messungen ergaben – deutlich gesenkt werden.

3. „auf Gewinnerzielung gerichtet“

Beispiel zur Abgrenzung : Scientology Bremen e. V. wehrt sich gegen ein behördliches Gebot, einen Teil seiner Tätigkeit (Abhalten von Seminaren für Mitglieder) als Gewerbe nach § 14 GewO anzumelden.

BVerwG, 1 B 114.97 v. 3.7.1998 = NVwZ 1999, 766 ff. (Folie 1 von 2)

„[…] Wesentlich für die gewerberechtliche Beurteilung ist u.a. die auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit. Diese kann auch in Geschäften eines Vereins mit seinen Mitgliedern liegen. Denn ein eingetragener Verein kann als juristische Person Gewerbetreibender sein […], dem gegenüber die Vereinsmitglieder gewerberechtlich zu schützende Dritte sein können. Eine andere Auffassung könnte zu dem ungerechtfertigten Ergebnis führen, daß allein durch die Gründung eines Vereins die gewerberechtliche Einbindung einer geschäftlichen Betätigung mit den Mitgliedern ("Binnenmarkt") verhindert würde. […] Wirtschaftliche Betätigungen, die nicht die zivilrechtliche Qualifikation eines Vereins als sog. Idealverein berühren, können mithin die Ausübung eines Gewerbes im Sinne des Gewerberechts darstellen. Das ist Folge des gegenüber den einschlägigen zivilrechtlichen Vorschriften weitergehenden Schutzzweckes des Gewerberechts und gilt sowohl für Betätigungen gegenüber Nichtmitgliedern als auch gegenüber Mitgliedern […].“

3. „auf Gewinnerzielung gerichtet“

Beispiel zur Abgrenzung : *Scientology Bremen e. V.* wehrt sich gegen ein behördliches Gebot, einen Teil seiner Tätigkeit (Abhalten von Seminaren für Mitglieder) als Gewerbe nach § 14 GewO anzumelden.

BVerwG, 1 B 114.97 v. 3.7.1998 = NVwZ 1999, 766 ff. (Folie 2 von 2)

„Hinsichtlich der hier allein in Rede stehenden Aufforderung zur Gewerbeanmeldung nach § 14 GewO hat der Senat zu der Problematik bereits in seinem Beschluß vom 16. Februar 1995 [BVerwG 1 B 205.93] Stellung genommen. Er hat sich […] namentlich mit der Frage des Verkaufs von Waren und entgeltlicher Dienstleistungen, die nach dem Selbstverständnis des Anbieters "Religionsausübung" darstellen und ausmachen, eingehend befaßt. Er hat in dem Beschluß, dem insoweit fast wörtlich dieselbe Fragestellung wie hier zugrunde lag, ausgeführt, eine gewerbliche Betätigung verliere ihre diesbezügliche Eigenschaft nicht dadurch, "daß sie nach dem Selbstverständnis des Betreibers eine religiöse oder weltanschauliche Zielsetzung verfolgt". […] Warenverkäufe und Dienstleistungen sind aus dem gewerberechtlichen Ordnungsrahmen nicht schon dann ausgenommen, wenn Anbieter und Nachfragende sie als Religionsausübung verstehen. […] “

4. „fortgesetzt“ / „auf Dauer angelegt“

Mit diesen Begriffsmerkmale sollen einmalige Verkäufe oder das einmalige Erbringen von Dienstleistungen (am Rande der Gefälligkeit) aus dem Gewerbebegriff herausgenommen werden. Es sollen einmalige und gelegentliche Vorgänge aus dem Gewerbebegriff herausgenommen werden, weil diese einer „dauernden Überwachung“ durch die Gewerbeaufsicht nicht bedürfen

Beispiele für Abgrenzungsprobleme

- Gelegentliche An- und Verkäufe auf Online-Plattformen (eBay & Co) führen nicht zum Gewerbe, können aber in eine Gewerb „umkippen“, z. B. wenn gezielt Waren für den Verkauf erworben werden
- Bei Mitnahme zahlender Mitfahrer hat das BVerwG sehr schnell Gewerbsmäßigkeit angenommen: BVerwG, VII C 91.62 v. 26.6.1964 = BVerwGE 19, 61 ff.)
- Beim entgeltlichen **Babysitten** durch Jugendliche hat auch bei Regelmäßigkeit noch niemand eine Gewerbeanzeige nach § 14 GewO gefordert.
- Bei Durchführung eines einmaligen Großprojekts kann wegen des Umfangs der Tätigkeit trotz Einmaligkeit Gewerbe angenommen werden.

5. „selbständig“

Entscheidend für Selbständigkeit ist Handeln **im eigenen Namen** und auf **eigene Rechnung**, unter Übernahme des Unternehmerrisikos bei **persönlicher und fachlicher Unabhängigkeit**.

- ***Arbeitnehmer:*** Nicht selbständig
- ***Scheinselbständige?*** Wohl keine Gewerbetreibenden nach VGH München, 22 B 17.2245 v. 2.5.2018, Abs. 41 ff. (problematisch, da hier arbeitsrechtliche Erwägungen in den Gewerbebegriff einbezogen werden – Probleme z. B. bei Paketzustellern, vgl. *Bund-Länder-Ausschuss „Gewerberecht“,* GewArch 2022, 15, 17 f.)
- ***Stellvertreter* im gewerberechtlichem Sinn** (angesprochen in § 45 GewO): Kein Gewerbetreibender, da im Namen eines Dritten handelnd: Kennzeichnend für Vertreter: *Selbständiges* Handeln im *fremden* Namen (nach Art eines Alleingeschäftsführers)
- ***Juristische Personen**:* Sind immer selbständig (und nicht ihre Geschäftsführer)
- ***Personengesellschaften**:* Früher: Nur die (geschäftsführenden) Gesellschafter sind selbständig, weil nur diese die unternehmerischen Entscheidungen (selbständig) treffen. Heute unklare Situation (hierzu § 10 D des Kurses)

II. Vier negative Merkmale (Gewerbsfähigkeit)

Auch wenn Gewerbsmäßigkeit einer Tätigkeit vorliegt (sie also erlaubt, auf Gewinnerzielung gerichtet ist und sie fortgesetzt und selbständig ausgeübt wird), fallen Tätigkeiten in folgenden Bereichen (als nicht gewerbsfähig) nicht in den Anwendungsbereich der Gewerbeordnung (und unterfallen nicht der Gewerbeaufsicht):

- **Urproduktion**
- **freie Berufe** (die nicht deshalb „frei“ sind, weil sie besonders wenig reglementiert sind, sondern deshalb, weil sie nicht der [staatlichen] Gewerbeaufsicht unterstehen)
- **Prostitution** – erst 2017 als „neues“ negatives Merkmal hinzugekommen; findet sich in der Literatur (oft) noch nicht
- **bloße Verwaltung des eigenen Vermögens**

Diese Ausnahmen werden in § 6 GewO eher angedeutet als abschließend definiert

II. Vier negative Merkmale (Gewerbsfähigkeit)

§ 6 GewO
Anwendungsbereich

(1) Dieses Gesetz findet keine Anwendung auf die ***Fischerei***, die Errichtung und Verlegung von Apotheken, die Erziehung von Kindern gegen Entgelt, das Unterrichtswesen, auf die Tätigkeit *der* ***Rechtsanwälte, Patentanwälte und Notare***, der nach § 16 des Rechtsdienstleistungsgesetzes im Rechtsdienstleistungsregister eingetragenen Personen, der Wirtschaftsprüfer und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, der vereidigten Buchprüfer und Buchprüfungsgesellschaften, der Steuerberater und Steuerberatungsgesellschaften sowie der Steuerbevollmächtigten, auf den Gewerbebetrieb der Auswandererberater, das Seelotswesen und die ***Tätigkeit der Prostituierten***. Auf das Bergwesen findet dieses Gesetz nur insoweit Anwendung, als es ausdrückliche Bestimmungen enthält; das gleiche gilt für den Gewerbebetrieb der Versicherungsunternehmen, ***die Ausübung der ärztlichen und anderen Heilberufe, den Verkauf von Arzneimitteln, den Vertrieb von Lotterielosen und die Viehzucht***. Ferner findet dieses Gesetz mit Ausnahme des Titels XI auf Beförderungen mit Krankenkraftwagen im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 2 in Verbindung mit Abs. 1 des Personenbeförderungsgesetzes keine Anwendung.

(2) und (3) […].

II. Vier negative Merkmale (Gewerbsfähigkeit)

1. **Keine Urproduktion**
2. **Kein „freier Beruf“**
3. **Keine Prostitution**
4. **Keine bloße Verwaltung eigenen Vermögens**

1. Keine Urproduktion

Land- und Forstwirtschaft, Garten- und Weinbau, Baumschulen, das Sammeln wilder Früchte, die Tierzucht, Jagd, Fischerei und der Bergbau: Keine Gewerbe

- Angedeutet in § 6 GewO, im Übrigen gewohnheitsrechtlicher Bestandteil des Gewerbebegriffs
- § 6 S. 2 GewO: Nimmt „Viehzucht“ vom Gewerbebegriff auch bei vollständiger „Industrialisierung“ ohne Verbindung zum Grund und Boden aus (anders z. B. Landwirtschaftsbegriff des § 201 BauGB oder des § 13 EStG)

Grundidee: Urproduktion ist an den Boden gebunden, so dass das gewerberechtliche Instrumentarium hier nicht wirklich passt.

1. Keine Urproduktion

Nach h. M. ist auch landwirtschaftliche Direktvermarktung der im eigenen Betrieb hergestellten Produkte **vor Ort** nicht vom Gewerbebegriff umfasst (anders die Vermarktung z. B. auf Märkten, wie sich aus § 55a GewO ergibt)

§ 55a Abs. 1 GewO
Reisegewerbekartenfreie Reisegewerbe

Einer Reisegewerbekarte bedarf nicht, wer […]

2. selbstgewonnene Erzeugnisse der Land- und Forstwirtschaft, des Gemüse-, Obst- und Gartenbaues, der Geflügelzucht und Imkerei sowie der Jagd und Fischerei vertreibt.

Hierzu umfassend *Jung*, Gewerberechtliche und straßenrechtliche Probleme der landwirtschaftlichen Direktvermarktung, 2001, S. 41 ff., 63 ff.

Landwirtschaftliche Direktvermarktung ist jedenfalls in der Pfalz bei den Gemüsebauern (Spargel, Erdbeeren) und den Winzern sehr verbreitet (nur deshalb wird es hier erwähnt).

2. Kein „freier Beruf“

„Freie Berufe“ sind nicht deshalb „frei“, weil sie besonders wenig reglementiert sind, sondern deshalb, weil sie nicht der (staatlichen) Gewerbeaufsicht unterstehen).

Sie können aber einem besonderen Berufsrecht unterstehen, das von Berufskammern als Selbstverwaltungsangelegenheit durchgesetzt wird (z. B. Anwälte, Ärzte usw.)

Versuche, den Begriff des „freien Berufs“ zu definieren, enden i. d. R. in schlichten Aufzählungen, ohne dass hierdurch das „Wesen“ des freien Berufs klar würde (Beispiele auf den folgenden Folien)

2. Kein „freier Beruf“

§ 1 Abs. 2 Partnerschaftsgesellschaftsgesetz

Die Freien Berufe haben im allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt. Ausübung eines Freien Berufs im Sinne dieses Gesetzes ist die selbständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Heilpraktiker, Krankengymnasten, Hebammen, Heilmasseure, Diplom-Psychologen, Mitglieder der Rechtsanwaltskammern, Patentanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratenden Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer (vereidigte Buchrevisoren), Steuerbevollmächtigten, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Lotsen, hauptberuflichen Sachverständigen, Journalisten, Bildberichterstatter, Dolmetscher, Übersetzer und ähnlicher Berufe sowie der Wissenschaftler, Künstler, Schriftsteller, Lehrer und Erzieher.

2. Kein „freier Beruf“

§ 18 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 Einkommensteuergesetz

Zu der freiberuflichen Tätigkeit gehören die selbständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit, die selbständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte, Vermessungsingenieure, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratenden Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer, Steuerbevollmächtigten, Heilpraktiker, Dentisten, Krankengymnasten, Journalisten, Bildberichterstatter, Dolmetscher, Übersetzer, Lotsen und ähnlicher Berufe.

2. Kein „freier Beruf“

Beschreibung des Berufsverbandes freie Berufe *(zit. nach BRAK-Mitt. 1995, 157)*:
"Angehörige Freier Berufe erbringen auf Grund besonderer beruflicher Qualifikation persönlich, eigenverantwortlich und fachlich unabhängig geistig-ideelle Leistungen im Interesse ihrer Auftraggeber und der Allgemeinheit. Ihre Berufsausübung unterliegt in der Regel spezifischen berufsrechtlichen Bindungen nach Maßgabe der staatlichen Gesetzgebung oder des von der jeweiligen Berufsvertretung autonom gesetzten Rechts, welches die Professionalität, Qualität und das zum Auftraggeber bestehende Vertrauensverhältnis gewährleistet und fortentwickelt."

Versuche der Umschreibung des freien Berufs in Zusammenhang mit dem 68. DJT, vgl. z.B. *Breuer* DVBl 2010, 1010 ff.; *Kluth* JZ 2010, 844 ff.

2. Kein „freier Beruf“

Gesetzliche Definitionen lassen immerhin zwei Arten freier Berufe erkennen:

- wissenschaftliche, künstlerische und schriftstellerische Tätigkeit „höherer Art“: **keinerlei wirtschaftsrechtliche Reglementierung**
- Dienstleistung „höherer Art“, die eine höhere Bildung, d.h. grundsätzlich ein abgeschlossenes Hochschul- oder Fachhochschulstudium, erfordert: teilweise umfassendes **Standesrecht** für Anwälte, Heilberufe, Wirtschaftsprüfer (aber nicht für alle, z. B. nicht für Unternehmens- und Politikberater, „Coaches“)

Wenn von (De-)Reglementierung freier Berufe gesprochen wird, werden oft nur die Dienstleistungen „höherer Art“ in den Blick genommen (s. z. B. *Rennert*, in: Herrmann/Krämer, Festschrift für Christian Kirchberg, 2017, S. 529 ff.)

2. Kein „freier Beruf“

Beispiele für Abgrenzungsprobleme zwischen Gewerbe und freiem Beruf:

- **Berufsbetreuer** nach § 1816 Abs. 5 BGB sind Gewerbetreibende, da keine besondere Berufsausbildung (sondern nur Sachkunde) erforderlich ist:

  BVerwG, 6 B 2.08 v. 11.3.2008 = NJW 2008, 1074 f.; BVerwG, 8 C 8/12 v. 27.2.2013 = NJW 2013, 2214 ff.; OVG Münster, A 812/09 v. 20.12.2011, Abs. 30 ff. = GewArch 2012, 209; *Jahn*, VBlBW 2013, 145 ff.; *ders.*, GewArch 2013, 290 ff.; im **Steuerrecht** werden Berufsbetreuer dagegen als Freiberufler angesehen*:* BFH, VIII R 10/09 v. 15.6.2010 = NJW 2011, 108 ff.; BFH, VIII R 14/09 v. 15.6.2010 = NJW 2011, 110

- **Epithetiker** (Hersteller von alloplastischem Ersatz bei Operation) sind Gewerbetreibende (Gesundheitshandwerker): OVG Lüneburg, 7 LC 10/12 v. 17.4.2013 = NdsVBl 2013, 320 ff.

- **Unternehmensberater** sind Freiberufler: VG Freiburg, 1 K 464/08 v. 11.2.2009 = GewArch 2009, 490 f.; *Haake*, GewArch 2010, 60 ff.

- **Politikberater** betreiben ein Gewerbe (jedenfalls im steuerlichen Sinne)**:** BFH, VIII R 18/11 v. 14.5.2014 = NVwZ-RR 2015, 58 ff. (mit ausführlicher Begründung)

- **Gartentherapeuten** sind Gewerbetreibende (*Glückert/Helbig*, GewArch 2023, 496, 499).

2. Kein „freier Beruf“

Beispiele für Abgrenzungsprobleme zwischen Gewerbe und freiem Beruf:

- **Externe Datenschutzbeauftragte** betreiben ein Gewerbe (im steuerlichen Sinne), weil nur Fachkunde, jedoch keine spezifische Berufsausbildung verlangt wird**:** BFH, VIII R 27/17 v. 14.1.2020 = GewArch 2020, 196 ff.
- **Softwareentwickler** sind Gewerbetreibende: OVG Lüneburg, 7 LC 15/10 v. 16.5.2012 = GewArch 2012, 361 ff.
- **Anbieter von Erste-Hilfe-Kursen** sind Gewerbetreibende: OVG Münster, 4 A 489/14 v. 20.3.2017, Abs. 28 ff. = KommJur 2017, 217 f.
- **Dozententätigkeit** für Seminare zur Arbeitssicherheit im Rahmen einer Ausbildungstätigkeit einer privaten „Akademie“ ist gewerbliche Tätigkeit, da keine Dienstleistung „höherer Art“ und Hochschulausbildung nicht notwendige Voraussetzung ist: OVG Koblenz, 6 B 10774/18 v. 29.8.2018 Abs. 10 ff. = GewArch 2019, 147 ff.
- **Grafikdesigner** sind i.d.R. Gewerbetreibende, können aber auch Künstler sein: VGH München, 22 B 17.2245 v. 2.5.2018, Abs. 49 ff.; ebenso **Tätowierer:** BSG, B 3 KS 1/23 R. v. 27.6.2024 = BSGE 138, 220 ff. (für Künstlersozialversicherung)

2. Kein „freier Beruf“

Beispiele für Abgrenzungsprobleme zwischen Gewerbe und freiem Beruf:

Friseur ist Gewerbetreibender, auch wenn er sich als „Hair Artist“ versteht.

Friseurgeschäfte

© Klaus Grupp (Universität des Saarlandes) und Ulrich Stelkens (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)

mit freundlicher Unterstützung der jurmatix Legal Intelligence UG (haftungsbeschränkt), Gersheim

Nach langen Lehrjahren hat *Pierre-Frédérik Scheer* seine Meisterprüfung im Friseurhandwerk bestanden und nach entsprechender Eintragung in die Handwerksrolle der Handwerkskammer des Saarlandes und Einhaltung aller sonstigen Formalitäten nunmehr in seiner Heimatstadt Saarheim einen eigenen Betrieb aufgemacht. Um sich gegenüber der zahlreichen Konkurrenz durchzusetzen, wagt er ein neues Geschäftskonzept: Sein "Salon Pierre S." soll schon morgens ab 5:00 Uhr geöffnet sein. Kunden und Kundinnen, die bis 8:00 Uhr kommen, bekommen zur Stärkung außer einem Heißgetränk (Kaffee, Tee oder Kakao) ein Croissant, ohne dass ihnen hierfür ein gesondertes Entgelt berechnet wird. Tatsächlich hat *Scheer* hiermit eine Marktlücke gefunden: Zahlreiche Saarheimer Bürger und Bürgerinnen sind froh, den Friseurbesuch schon vor der Arbeit erledigen zu können und dabei auch noch ein kleines Frühstück serviert zu bekommen, um so frohen Gemüts und in neuer Façon den Tag zu beginnen.

Ungern sehen diesen Geschäftserfolg allerdings die alteingesessenen Saarheimer Friseurbetriebe, die zahlreiche Kunden verlieren. Es gelingt ihnen jedoch, die Handwerkskammer zu überzeugen, dass ein solches Geschäftsmodell den Interessen des Saarheimer Friseurhandwerks zuwider laufe, weil hierdurch nur ein "ungesunder" Wettbewerb um Frühaufsteher entstehe und dadurch "unerwünschte Marktverschiebungen" zu Lasten der alteingesessenen Betriebe einträten. Die Handwerkskammer wendet sich daraufhin an den Oberbürgermeister der Stadt Saarheim, Oskar Obenauf, mit der Bitte um Prüfung, ob das Geschäftsmodell *Scheers* nicht direkt oder indirekt verboten werden könne. Daraufhin wird *Scheer* ins Rathaus der Stadt Saarheim geladen, wo er zu einer Reihe von "Verstößen gegen das Gewerberecht" angehört werden soll. Mit Schrecken erfährt er dort, welche Schritte die Stadt Saarheim gegen ihn plant:

2. Kein „freier Beruf“

Generell kann fraglich sein, inwieweit die Digitalisierung bestimmter Dienstleistungen die (bisherige) „Freiberuflichkeit“ der Dienstleistung in ein Gewerbe umkippt (vgl. *Kluth*, GewArch 2021. 302 ff.), z. B. bei

- Legal-Tech
- Gesundheitsdienstleistungen via App

3. Keine Prostitution

- 1. Juli 2017: Inkrafttreten des Prostituiertenschutzgesetzes (ProstSchG) (siehe bereits § 2 B I 2 des Kurses)
- Endpunkt einer langen Diskussion zur Neuregelung der Prostitution

  S. z. B. *Frommel*, VerwArch 106 (2015), 96 ff.; *Kreuzer*, ZRP 2016, 148 ff.; *Schmidt*, KJ 2014, 159 ff.; *Stühler*, GewArch 2016, 129 ff.; *Wohlfarth*, LKRZ 2014, 393 ff.; zur europäischen Perspektive: *Questiaux*, Revue de l'Union européenne, 2016, 30 ff.; zur Situation in Frankreich: *Buge*, AJDA 2019, 969 ff. (Abolution der Prostitution durch Bestrafung der Freier)

- Ansatz des **ProstSchG**: Weder Verbot, noch Abschaffung (Abolution), sondern Regulierung als Ergänzung zum (durch das ProstSchG nicht aufgehobenen) Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostitutierten (ProstG) vom 20.12.2001, das nunmehr eindeutig (nur) noch die Frage der zivilrechtlichen Rechtsverhältnisse zwischen Prostituierten und den Freiern regelt.
- Art. 5 des Gesetzes ändert ausdrücklich § 6 Abs. 1 Satz 1 GewO durch Einfügung der Worte: „**und der Tätigkeit der Prostituierten**", die damit von GewO nicht (mehr?) umfasst werden.

§ 2 ProstSchG

Begriffsbestimmungen

(1) Eine sexuelle Dienstleistung ist eine sexuelle Handlung mindestens einer Person an oder vor mindestens einer anderen unmittelbar anwesenden Person gegen Entgelt oder das Zulassen einer sexuellen Handlung an oder vor der eigenen Person gegen Entgelt. Keine sexuellen Dienstleistungen sind Vorführungen mit ausschließlich darstellerischem Charakter, bei denen keine weitere der anwesenden Personen sexuell aktiv einbezogen ist.

(2) **Prostituierte** sind Personen, die sexuelle Dienstleistungen erbringen.

(3) Ein **Prostitutionsgewerbe** betreibt, wer gewerbsmäßig Leistungen im Zusammenhang mit der Erbringung sexueller Dienstleistungen durch mindestens eine andere Person anbietet oder Räumlichkeiten hierfür bereitstellt, indem er

1. eine Prostitutionsstätte betreibt,
2. ein Prostitutionsfahrzeug bereitstellt,
3. eine Prostitutionsveranstaltung organisiert oder durchführt oder
4. eine Prostitutionsvermittlung betreibt.

(4) Prostitutionsstätten sind Gebäude, Räume und sonstige ortsfeste Anlagen, die als Betriebsstätte zur Erbringung sexueller Dienstleistungen genutzt werden

(5) Prostitutionsfahrzeuge sind […]

(6) Prostitutionsveranstaltungen sind […]

(7) Prostitutionsvermittlung ist […]

BT-Drs. 18/8556, S. 104 (zur Ergänzung des § 6 GewO)

Nach wohl überwiegender Auffassung ist die **persönliche Ausübung der Prostitution** kein Beruf wie jeder andere und **kein Gewerbe** im Sinne der Gewerbeordnung. Auch wenn einige Kommunen Gewerbeanzeigen von Prostituierten entgegennehmen, besteht im Verwaltungsvollzug weitgehende Übereinstimmung, dass Prostituierte kein nach § 14 Abs. 1 GewO anmeldepflichtiges Gewerbe ausüben. Angesichts der Besonderheiten der Prostitution ist dies auch sachgerecht, da anderenfalls z. B. die Grunddaten des Gewerbes (Name, betriebliche Anschrift, angezeigte Tätigkeit) gemäß § 14 Abs. 5 S. 2 der Gewerbeordnung allgemein zugänglich gemacht werden dürften. Gleichwohl besteht in der Praxis zum Teil Unsicherheit darüber, ob die Ausübung der Prostitution ein Gewerbe darstellt, das in den Anwendungsbereich der Gewerbeordnung fällt. Mit der Änderung des § 6 Abs. 1 S. 1 wird daher klargestellt, dass die Gewerbeordnung auf die persönliche Ausübung der Prostitution keine Anwendung findet. Mit dem Prostituiertenschutzgesetz nach Artikel 1 wird ein spezialgesetzlicher Regelungsrahmen geschaffen, der auch Vorschriften für die persönliche Ausübung der Prostitution umfasst. Dazu gehören insbesondere die Einführung einer Anmeldepflicht nach § 3 des Prostituiertenschutzgesetzes sowie ordnungsrechtliche Kontroll- und Eingriffsinstrumentarien. Es besteht daher kein Bedürfnis für eine subsidiäre Anwendung der Gewerbeordnung auf Prostituierte.

Davon zu unterscheiden ist der **Betrieb eines Prostitutionsgewerbes**. Hier handelt es sich um ein **Gewerbe im Sinne der Gewerbeordnung**, so dass insbesondere auch eine Anzeigepflicht nach § 14 Ab. 1 GewO besteht.

3. Keine Prostitution

Zum Regelungskonzept des ProstSchG und der Verfassungsmäßigkeit der Anmeldungs- und Beratungspflicht für Prostituierte

- ausführlich und teilw. kritisch zum Konzept des ProstSchG: *Rixen*, WiVerw 2018, 127 ff.
- sehr kritisch *Boehme-Neßler*, ZRP 2019, 13 ff.; *Weiß/Höfer* NJOZ 2021, 1473 ff. (im Hinblick auf unzureichenden Schutz vor Zwangsprostitution).

Probleme bei der Bestimmung des Begriffs der Prostitution i. S. des **§ 2 Abs. 2 ProstSchG** (**„Prostituierte** sind Personen, die sexuelle Dienstleistungen erbringen“) und damit der Abgrenzung zwischen „sexuellen Dienstleistungen“ zu sonstigen Dienstleistungen.

Sehr ausführlich hierzu: VG Düsseldorf, 29 K 8461/18 v. 17.11.2021 = GewArch 2022, 244 ff. (ist ein Tantra-Masseur Prositutierter?)

- weite Auslegung vom Gesetzgeber gewollt
- Abstellen auf Schwerpunkt der Tätigkeit nicht praktikabel
- Schutzzweck des Gesundheitsschutzes ist maßgeblich für weite Auslegung
- Prostiutierte(r) muss nicht aus besonders vulnerabler Gruppe kommen

4. Keine Verwaltung eigenen Vermögens

- Letztlich „Bagatellgrenze“, bei der Gewerbeaufsicht als nicht notwendig erscheint
- Maßgeblich ist, ob eine Tätigkeit ihrem Gesamtbild nach den allgemeinen Vorstellungen von einem Gewerbe im Wesentlichen gleich kommt oder nicht
- Indizien für eine gewerbliche Tätigkeit: Beschäftigung von Hilfspersonen, die Höhe des Kapitaleinsatzes, Dauer und Umfang der Tätigkeit, der Organisationsaufwand, Auftreten im Rechtsverkehr

Beispiel (BFH, IV R 34/13 v. 14.7.2016 = NJW 2017, 348 ff. für Steuerrecht): Die Vermietung eines Einkaufszentrums ist nicht deshalb als Gewerbebetrieb anzusehen, weil der Vermieter die für ein Einkaufszentrum üblichen Infrastruktureinrichtungen bereitstellt oder werbe- und verkaufsfördernde Maßnahmen für das Gesamtobjekt durchführt.

C) Konzept der Titeltrennung der Gewerbeordnung und Abgrenzung zwischen stehendem Gewerbe und Reisegewerbe

Konzept der Titeltrennung der Gewerbeordnung:

- Stehendes Gewerbe (Titel II)
- Reisegewerbe (Titel III)
- Messen, Märkte, Ausstellungen (Titel IV)

Grundsatz: Jeder Titel ist in sich geschlossen – Regelungen aus einem anderen Titel sind nur über „Transfernormen“ (s. z. B. § 60b, § 61a, § 71b GewO) anwendbar.

Setzt klare Trennung zwischen den Gewerbearten voraus, die zunehmend schwieriger wird (siehe hierzu *Korte*, VerwArch 109 [2018], 217 ff.)

C) Konzept der Titeltrennung der Gewerbeordnung und Abgrenzung zwischen stehendem Gewerbe und Reisegewerbe

Problem: Keine Regelungen über sog. „**Internetgewerbe**“ (You-Tuber, Gamer, Influencer …).

Insbesondere Zuständigkeitsregelungen für Gewerbeüberwachung sind hierauf nicht zugeschnitten, wenn Gewerbe nur noch über (ausländische) Online-Plattform abgewickelt wird, die oft als einzige über Namen und Adresse des Gewerbetreibenden verfügen

> Hierzu *Ennuschat*, GewArch 2019, 273, 277; *Frank*, GewArch 2020, 177 ff.; *Miehling* WiVerw 2021, 69, 80 ff.; *Schemmel*, GewArch 2023, 52 ff.

C) Konzept der Titeltrennung der Gewerbeordnung und Abgrenzung zwischen stehendem Gewerbe und Reisegewerbe

Bedeutung der Unterscheidung:

- Beim „stehenden Gewerbe“, gilt der Grundsatz der Gewerbefreiheit (§ 1 GewO): Bloße Anzeigepflicht (§ 14 GewO) ist die Regel, Genehmigungspflicht (mit präventiver Zuverlässigkeitskontrolle) die Ausnahme
- Beim „Reisegewerbe“, ist die Genehmigungspflicht (§ 55 Abs. 2 GewO) mit präventiver Zuverlässigkeitskontrolle (§ 57 Abs. 1 GewO) die Regel, bloß anzeigepflichtige „reisegewerbekartenfreie“ Tätigkeiten (§ 55a GewO) die Ausnahme
- „Marktgewerbe“ ist dagegen eine besondere Form des Reisegewerbes (jedenfalls für die Standplatzinhaber). Hier gilt ein Sonderregime, wenn der Markt nach § 69 GewO festgesetzt ist (näher § 5 des Kurses). Hier bestehen keine besonderen Abgrenzungsprobleme.

Insgesamt zwingt daher das Konzept der „Titeltrennung“ (nur) zur Unterscheidung zwischen stehendem Gewerbe und Reisegewerbe.

C) Konzept der Titeltrennung der Gewerbeordnung und Abgrenzung zwischen stehendem Gewerbe und Reisegewerbe

Unterscheidung zwischen stehenden und Reisegewerbe nach Legaldefinition des § 55 Abs. 1 GewO (siehe auch § 4 A des Kurses)

§ 55 Abs. 1 GewO - Reisegewerbekarte

(1) Ein Reisegewerbe betreibt, wer gewerbsmäßig ohne vorhergehende Bestellung außerhalb seiner gewerblichen Niederlassung (§ 4 Absatz 3) oder ohne eine solche zu haben

1. Waren feilbietet oder Bestellungen aufsucht (vertreibt) oder ankauft, Leistungen anbietet oder Bestellungen auf Leistungen aufsucht oder
2. unterhaltende Tätigkeiten als Schausteller oder nach Schaustellerart ausübt.

- Jedes Gewerbe, das kein Reisegewerbe i.S.d. § 55 Abs. 1 GewO ist, ist stehendes Gewerbe
- Reisegewerbe liegt nur vor, soweit in § 55 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GewO explizit genannte Tätigkeiten betroffen sind - aber nur wenn sie gewerbsmäßig ohne vorhergehende Bestellung außerhalb einer gewerblichen Niederlassung ausgeübt werden
- Nicht jede gewerbliche Tätigkeit außerhalb einer gewerblichen Niederlassung ist Reisegewerbe

C) Konzept der Titeltrennung der Gewerbeordnung und Abgrenzung zwischen stehendem Gewerbe und Reisegewerbe

Entscheidend ist für § 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO, ob der **Vertragsschluss** (die Vertragsakquisition) über Waren/Dienstleistungen innerhalb oder außerhalb einer (gewerblichen) Niederlassung erfolgt (**Ort der Vertragserfüllung ist unerheblich**).

Vertragsschluss innerhalb gewerblicher Niederlassung ist nur hinreichende, nicht notwendige Bedingung für stehendes Gewerbe **(§§ 14 ff. GewO als Auffangregelungen**).

Begriff gewerbliche Niederlassung:

- **§ 4 Abs. 3 GewO**: „Eine Niederlassung besteht, wenn eine selbständige gewerbsmäßige Tätigkeit auf unbestimmte Zeit und mittels einer **festen Einrichtung** von dieser aus tatsächlich ausgeübt wird.“
- **§ 42 Abs. 2 GewO a. F.:** „Eine gewerbliche Niederlassung im Sinne des Absatzes 1 ist nur vorhanden, wenn der Gewerbetreibende im Geltungsbereich dieses Gesetzes **einen zum dauernden Gebrauch eingerichteten, ständig oder in regelmäßiger Wiederkehr von ihm benutzten Raum** für den Betrieb seines Gewerbes besitzt.“
- Zu Unterschieden zwischen § 4 Abs. 3 GewO und § 42 Abs. 2 a. F. GewO ausführlich: *Korte*, VerwArch 109 (2018), 217, 221 ff.

C) Konzept der Titeltrennung der Gewerbeordnung und Abgrenzung zwischen stehendem Gewerbe und Reisegewerbe

Merke: Reisegewerbe liegt nicht nur vor, wenn der Gewerbetreibende zum Kunden direkt ins Haus kommt, sondern auch,

- wenn er nur zeitlich begrenzt örtlich einen „Verkaufsstand“ aufschlägt (sog. „Wanderlager“ i. S. des § 56a GewO – hierzu § 4 A IV des Kurses)
- wenn Schausteller und sonstige Gewerbetreibende auf einem Volksfest (§ 60b GewO) oder einer Messe, Ausstellung oder einem Markt (§§ 64 bis 68 GewO), das/die/der **nicht** nach § 69 GewO festgesetzt wurde (sog. „Privatmärkte“), einen Stand betreibt (hierzu § 5 A des Kurses)

D) Begriff der (Un-)Zuverlässigkeit

Kernbegriff des gesamten Wirtschaftsverwaltungsrechts (einführend *Knauff*, Jura 2022, 1418 ff.). Dient als Tatbestandsvoraussetzung für

- repressive Maßnahmen (Gewerbeuntersagung: § 35 Abs. 1 S. 1 GewO)
- Voraussetzung für die Erteilung von gewerberechtlichen Erlaubnissen (vgl. §§ 30 ff. GewO)
- Voraussetzung für die Aufhebung gewerberechtlicher Erlaubnisse (vgl. z.B. § 15 Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG)

Zuverlässigkeitsbegriff formuliert damit Mindestanforderungen an jeden (?) Gewerbetreibenden und ist damit **„Erwartung“ der Gewerbefreiheit** an die Gewerbetreibenden.

Unbeanstandetes Führen eines Gewerbebetriebes über einen sehr langen Zeitraum ist zu erwarten und selbstverständlich (kein „Zuverlässigkeitsbonus“): VGH München, 22 ZB 16.253 v. 20.5.2016, Abs. 15 = GewArch 2017, 155 Abs. 14

D) Begriff der (Un-)Zuverlässigkeit

BVerfG (K), 1 BvR 1726/09 v. 4.8.2009 = NVwZ 2009, 1429:

„Verfassungsrechtlich ist nichts dagegen einzuwenden, dass der Gesetzgeber sich in § 7 LuftSiG […] des unbestimmten Rechtsbegriffs der Zuverlässigkeit bedient. Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe ist verfassungsrechtlich nicht schlechthin bedenklich […]. Entscheidend ist vielmehr, dass **der Begriff der Zuverlässigkeit vom Gesetzgeber seit jeher verwendet wird und aufgrund einer langen Tradition von Gesetzgebung, Verwaltungshandhabung und Rechtsprechung so ausgefüllt worden ist, dass sich an seiner rechtsstaatlich hinreichenden Bestimmtheit im Grundsatz nicht zweifeln lässt, mögen auch für jeden neuen Sachbereich neue Konkretisierungen erforderlich sein** (vgl. BVerfGE 49, 89 <134>).“

Dagegen kritisch zur Bestimmtheit des Zuverlässigkeitsbegriffs

- *Leisner*, GewArch 2008, 225 ff.: Unzuverlässigkeit = inhaltsleerer Allgemeinbegriff, der in der Praxis häufig ausufernd angewandt werde;
- hiergegen: *Heß*, GewArch 2009, 89 ff.
- kritisch ebenfalls *Rixen*, GewArch 2020, 121, 126 ff.

D) Begriff der (Un-)Zuverlässigkeit

Gesetzliche Regelbeispiele für Unzuverlässigkeit:

- § 33c Abs. 2 S. 2 GewO (Aufstellung von Spielgeräten): „die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt in der Regel nicht, wer in den letzten drei Jahren vor Stellung des Antrages wegen eines Verbrechens, wegen Diebstahls, Unterschlagung, Erpressung, Hehlerei, Geldwäsche, Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte, Betruges, Untreue, unerlaubter Veranstaltung eines Glücksspiels, Beteiligung am unerlaubten Glücksspiel oder wegen eines Vergehens nach § 27 des Jugendschutzgesetzes rechtskräftig verurteilt worden ist.“
- § 34c Abs. 2 Nr. 1 GewO (Makler, Bauträger, Baubetreuer): „die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt in der Regel nicht, wer in den letzten fünf Jahren vor Stellung des Antrages wegen eines Verbrechens oder wegen Diebstahls, Unterschlagung, Erpressung, Betruges, Untreue, Geldwäsche, Urkundenfälschung, Hehlerei, Wuchers oder einer Insolvenzstraftat rechtskräftig verurteilt worden ist.“

D) Begriff der (Un-)Zuverlässigkeit

Gesetzliche Regelbeispiele für Unzuverlässigkeit:

- § 4 Nr. 1 GastG (Gastwirt): [Antragsteller besitzt erforderliche Zuverlässigkeit insbesondere nicht, wenn er] „dem Trunke ergeben ist oder befürchten läßt, daß er Unerfahrene, Leichtsinnige oder Willensschwache ausbeuten wird oder dem Alkoholmißbrauch, verbotenem Glücksspiel, der Hehlerei oder der Unsittlichkeit Vorschub leisten wird oder die Vorschriften des Gesundheits- oder Lebensmittelrechts, des Arbeits- oder Jugendschutzes nicht einhalten wird.“
- § 34a Abs. 1 Satz 4 GewO (Bewachungsgewerbe): „Die erforderliche Zuverlässigkeit liegt in der Regel nicht vor, wenn … [Es folgen sehr ausführliche Katalogtatbestände]“

D) Begriff der (Un-)Zuverlässigkeit

VGH München, 22 B 25.180 v. 19.5.2025, Abs. 44. = GewArch 2026, 80 Abs. 44.

„Regelbeispiele, wie sie etwa in § 34a Abs. 1 Satz 4 GewO formuliert sind, sollen den zuständigen Behörden den Verwaltungsvollzug erleichtern (vgl. dazu BT-Drs. 18/8558 S. 15), indem sie eine Reihe von Beispielen („Katalogtaten“) benennen. Ist der Gewerbetreibende innerhalb des in der Norm bestimmten Zeitraums wegen einer Katalogtat zu einer Freiheitsstrafe, Jugendstrafe, Geldstrafe von mindestens 90 Tagessätzen oder mindestens zweimal zu einer geringeren Geldstrafe rechtskräftig verurteilt worden, ist typischerweise, also „in der Regel“, von seiner Unzuverlässigkeit auszugehen. Eine Auslegung […] zeigt, dass es sich um eine vom Gesetzgeber vorformulierte und beispielhafte „**Positivliste**“ von Delikten handelt, welche er für das Bewachungsgewerbe als besonders relevant erachtet. Darin erschöpft sich aber zugleich die Funktion eines Regelbeispiels Eine darüber hinausgehende Regelungswirkung – etwa als Ausschlusswirkung oder als eine Art Umkehrung des Regel-Ausnahmeverhältnisses – ist in § 34a Abs. 1 Satz 4 GewO nicht angelegt. Vielmehr bleibt es (auch), sofern das Regelbeispiel zeitlich (Verurteilung länger als 5 Jahre seit Rechtskraft zurückliegend) und/oder sachlich (keine Katalogtat) nicht einschlägig ist, bei dem eingangs bereits erwähnten Erfordernis einer Prüfung der Zuverlässigkeit anhand einer Gesamtwürdigung aller Umstände auf der Grundlage von § 34a Abs. 1 Satz 3 Nr. 1 GewO**.**“

D) Begriff der (Un-)Zuverlässigkeit

Frühere **positive „Legaldefinition“** der Zuverlässigkeit

§ 3 Abs. 3 Nr. 1 GüKG a. F.

Die Zuverlässigkeit ist gegeben, wenn der Unternehmer und die zur Führung der Güterkraftverkehrsgeschäfte bestellte Person die *Gewähr dafür bieten, daß das Unternehmen den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend geführt wird und die Allgemeinheit bei dem Betrieb des Unternehmens vor Schäden oder Gefahren bewahrt bleibt*.

Klassische **negative Definition** der Zuverlässigkeit in der Rechtsprechung (seit BVerwG, 1 C 146.80 v. 2.2.1982 = BVerwGE 65, 1 f.)

„Unzuverlässig ist ein Gewerbetreibender, der nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, daß er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreibt.“

D) Begriff der (Un-)Zuverlässigkeit

Unzuverlässigkeitsurteil ist verschuldensunabhängig

OVG Bremen, 2 B 273/09 v. 5.10.2009 = NVwZ-RR 2010, 102:

„Nicht ordnungsgemäß ist die Gewerbeausübung durch eine Person, die nicht willens oder nicht in der Lage ist, die im öffentlichen Interesse zu fordernde einwandfreie Führung ihres Gewerbes zu gewährleisten […]. Der Begriff der Unzuverlässigkeit ist rein final- und zweckorientiert. Die Feststellung der **Unzuverlässigkeit setzt** daher **weder ein Verschulden im Sinne eines moralischen oder ethischen Vorwurfs noch einen Charaktermangel voraus.**“

Ebenso z. B.: OVG Lüneburg, 7 ME 32/15 v. 29.6.2015 = GewArch 2015, 414, 415; VGH München, 22 ZB 16.253 v. 20.5.2016, Abs. 15 = GewArch 2017, 155 Abs. 9.

D) Begriff der (Un-)Zuverlässigkeit

„Zuverlässigkeit“ als im Gewerberecht einheitlich auszulegender Begriff:

VGH München, 22 ZB 21.2643 v. 18.1.2022 = GewArch 2022, 117 ff.

„12. Das Verwaltungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen […], dass für die Beurteilung der Zuverlässigkeit gem. § 34d Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 GewO grundsätzlich die von Rechtsprechung und Literatur für vergleichbare Erlaubnistatbestände in der GewO (vgl. etwa § 34a Abs. 1 Satz 3 Nr. 1, § 34b Abs. 4 Nr. 1, § 34c Abs. 2 Nr. 1 GewO) und für die Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 GewO entwickelten Grundsätze heranzuziehen sind […]. Dies gilt namentlich für die Annahme der Unzuverlässigkeit wegen Nichterfüllung steuerlicher Erklärungs- und insbesondere Zahlungsverpflichtungen […]. Zu diesen Grundsätzen gehört, dass die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit kein subjektiv vorwerfbares Verhalten und kein Verschulden voraussetzt […] “

D) Begriff der (Un-)Zuverlässigkeit

„Zuverlässigkeit“ als im Gewerberecht einheitlich auszulegender Begriff:

BVerwG, 7 C 30/18 v. 8.7.2020 = BVerwGE 169, 131

„21. a) Der Begriff der (Un)Zuverlässigkeit ist auch im Abfallrecht in Anlehnung an die zur Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 GewO entwickelten Kriterien zu bestimmen. Danach ist unzuverlässig, wer nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens prognostisch nicht die Gewähr dafür bietet, dass er die in Rede stehende Tätigkeit zukünftig ordnungsgemäß durchführen wird (vgl. BVerwG, Urteil vom 15. April 2015 - 8 C 6.14 - BVerwGE 152, 39 Rn. 14). Nichts anderes ergibt sich aus dem Urteil des Senats vom 1. Oktober 2015 - 7 C 8.14 - (BVerwGE 153, 99 Rn. 28 ff., 31). Darin hat der Senat sich nicht generell gegen eine Übertragung gewerberechtlicher Begriffe ins Abfallrecht ausgesprochen, sondern nur die Frage bejaht, ob Personengesellschaften, die nach hergebrachtem Verständnis nicht Gewerbetreibende sein können, vom abfallrechtlichen Begriff des Sammlers bzw. der juristischen Person (§ 3 Abs. 10 KrWG) erfasst werden. “

D) Begriff der (Un-)Zuverlässigkeit

„Zuverlässigkeit“ als im Gewerberecht einheitlich auszulegender Begriff:

OVG Münster, 4 B 468/19 v. 15.1.2020, = GewArch 2020, 283 ff

„7. Zutreffend und mit ordnungsgemäßer Begründung hat das Verwaltungsgericht angenommen, dass die Antragstellerin wegen hoher Steuerschulden und der dauerhaften Verletzung ihrer steuerlichen Erklärungspflichten im Sinne von § 14 Abs. 1 Nr. 2 ProstSchG nicht die für den Betrieb eines Prostitutionsgewerbes erforderliche Zuverlässigkeit besitzt. **Da sich das Prostituiertenschutzgesetz mit der Einführung einer unter anderem die Zuverlässigkeit des Prostitutionsgewerbetreibenden voraussetzenden Erlaubnis für dieses Gewerbe an anderen gewerberechtlichen Vorbildern orientiert, ist das Gericht dabei unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung zu Recht von dem allgemeinen gewerberechtlichen Zuverlässigkeitsbegriff ausgegangen.** Danach ist ein Gewerbetreibender unzuverlässig, wenn er nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreibt. “

D) Begriff der (Un-)Zuverlässigkeit

I. (Un-)Zuverlässigkeit als Prognoseentscheidung

II. Fallgruppen der Unzuverlässigkeit

III. Auf welche Person kommt es an?

I. (Un-)Zuverlässigkeit als Prognoseentscheidung

- Notwendigkeit des Vorliegens **bestimmter Tatsachen**, d.h. Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart, die als Prognosegrundlage dienen. Bedenken allein reichen als Prognosegrundlage nicht aus (OVG Münster, 20 A 875/17 v. 7.2.2020, Abs, 67 ff. = GewArch 2020, 340 Abs. 8)
- **Prognosegrundlage** muss zum Zeitpunkt der (letzten) behördlichen Entscheidung vorliegen, nachträgliche Ereignisse berühren Prognosegrundlage nicht (vgl. OVG Bautzen, 3 A 334/13 v. 30.3.2015, Abs. 8 = NVwZ-RR 2015, 532, 533)
- **Prognosemaßstab:** Wahrscheinlichkeit (nicht mathematische Wahrscheinlichkeit, sondern letztlich auf Alltagswissen beruhende Einschätzung). Nicht ausreichend sind bloße Zweifel, nicht notwendig ist eine feste Gewissheit
- **Beweislast**: Behörde trägt materielle Beweislast für Tatsachen, die Prognose der Unzuverlässigkeit rechtfertigen

Allg. hierzu: *Ennuschat,* in: Ennuschat/Wank/Winkler (Hrsg.), GewO, 9. Aufl. 2020, § 35 Rn. 27 ff.; *Knauff*, Jura 2022, 1418, 1419 ff.

I. (Un-)Zuverlässigkeit als Prognoseentscheidung

Beweislast: Behörde trägt materielle Beweislast für Tatsachen, die Prognose der Unzuverlässigkeit rechtfertigen

Aber: Schutzbehauptungen führen nicht zu erhöhten Beweisanforderungen

VG Hamburg, 5 E 3286/09 v. 7.1.2010, Abs. 18 ff.:

„Eine unerklärlich hohe Anzahl mit einer Taxe (angeblich) privat gefahrener Kilometer kann bei schwacher Ertragslage den Verdacht nahelegen, dass die Allgemeinheit durch eine erhebliche Zahl ‚schwarz' gefahrener Kilometer durch Hinterziehung von Einkommens- und Umsatzsteuer geschädigt wird, und damit einen Anhaltspunkt für die Unzuverlässigkeit des Taxiunternehmers begründen."

I. (Un-)Zuverlässigkeit als Prognoseentscheidung

Bei Beurteilung der Zuverlässigkeit besteht kein Beurteilungsspielraum, sondern behördliche Beurteilung ist gerichtlich voll überprüfbar.

BVerwG, 3 C 33/03 v. 15.7.2004, Abs. 19 = NVwZ 2005, 453, 454:

„[Bei § 35 GewO] ist anerkannt, dass die Annahme der Behörde, der Gewerbetreibende sei unzuverlässig, gerichtlich voll überprüfbar ist […]. Im Berufsrecht ist die Frage der persönlichen Eignung – zu der auch das Erfordernis der Zuverlässigkeit rechnet – in erster Linie unter dem Aspekt der Gefahrenabwehr zu würdigen […]. **Daher ist bei Gewerbeuntersagungen sowie bei Erteilung und Widerruf von personengebundenen Konzessionen – und damit auch hier – für eine Beurteilungsermächtigung kein Raum, selbst wenn die Beurteilung der Zuverlässigkeit auch ein prognostisches Element beinhaltet.**“

Siehe zu gerichtlichen Kontrolle auch *Schwabenbauer/Kling,* VerwArch 101 (2010), S. 231 ff.

II. Fallgruppen der Unzuverlässigkeit

Hierzu *Ennuschat,* in: Ennuschat/Wank/Winkler (Hrsg.), GewO, 9. Aufl. 2020, § 35 Rn. 36 ff.; *Knauff*, Jura 2022, 1418, 1422 ff.; *Scheidler*, GewArch 2015, 102 ff.

- Begehen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten
- Steuerrückstände / Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen
- Mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit
- Mangelnde Sachkunde
- Verletzung zivilrechtlicher Pflichten
- Verletzung spezifisch öffentlich-rechtlicher Pflichten
- Sonstiges

1. Begehen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

VGH München, 22 CS 03.2151 v. 15.7.2004 = NVwZ-RR 2005, 32 f. (Leitsatz):

„Allein die Verurteilung wegen Totschlags rechtfertigt nicht die zwingende Annahme einer gewerblichen Unzuverlässigkeit.“

Anders OVG Lüneburg, 7 PA 88/05 v. 8.6.2005 = NVwZ-RR 2005, 712 (Versagung der Gaststättenerlaubnis)

Wo liegen die Unterschiede in den Fällen?

1. Begehen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

VGH München, 22 CS 03.2151 v. 15.7.2004 = NVwZ-RR 2005, 32 f. (Leitsatz):

„Allein die Verurteilung wegen Totschlags rechtfertigt nicht die zwingende Annahme einer gewerblichen Unzuverlässigkeit.“

Anders OVG Lüneburg, 7 PA 88/05 v. 8.6.2005 = NVwZ-RR 2005, 712 (Versagung der Gaststättenerlaubnis)

Wo liegen die Unterschiede in den Fällen?

- Generell ist die Begründung der Unzuverlässigkeitsannahme auch bei einmaliger Bestrafung möglich, wenn zugrunde liegende Tat schwerwiegend ist (Gefährdung besonders schutzwürdiger Rechtsgüter)
- Umgekehrt muss die Straftat einen Bezug zum ausgeübten Gewerbe haben, also nicht nur im privaten Bereich liegen und in Zusammenhang mit dem ausgeübten Gewerbe stehen.

1. Begehen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

Straftat / Ordnungswidrigkeit muss **in Zusammenhang mit dem Gewerbe** stehen (hierzu *Mischner,* WiVerw 2014, 222 f.):

- Begründet Verurteilung wegen Besitz kinderpornographischer Schriften Unzuverlässigkeit für Betrieb eines „Nachhilfeinstituts“? VGH München, 22 ZB 16.1784 v. 29.6.2016 = GewArch 2017, 162 ff.
- Zur Unzuverlässigkeit von Bank-Managern wegen Untreue: *Geschwandtner*, Josef Ackermann im Visier der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, NJW 2006, 1571 ff. (lesenswert!)
- Für manche Gewerbe: „Katalogstraftaten“, bei deren Begehung Unzuverlässigkeit vermutet wird (z.B. § 34c Abs. 2 Nr. 1 ; § 34d Abs. 2 Nr. 1 GewO). Diese Unzuverlässigkeits-**Regelvermutung** kann nur im Ausnahmefall widerlegt werden.

  OVG Hamburg, 5 Bs 159/21 v. 16.7.2010, Abs. 13 ff. = NVwZ-RR 2022, 24 ff.; OVG Münster, 4 B 1100/19 v. 8.1.2020, Abs. 7 ff. = NVwZ-RR 2020, 926 Abs. 4 ff.; VG Ansbach, AN 4 K 14.00305 v. 3.12.2014 = GewArch 2015, 132 ff.

1. Begehen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

OVG Münster, 4 B 1100/19 v. 8.1.2000 = NVwZ-RR 2020, 926 ff. (Folie 1 von 2):

„7.Die Typik der in § 34d Abs. 5 Satz 1 Nr. 1, Satz 2 GewO genannten vermögensrelevanten Straftatbestände indiziert nach dem klaren Willen des Gesetzgebers regelmäßig die Annahme der gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit. Die gesetzliche Regel kann nur aufgrund besonderer Umstände ausnahmsweise als widerlegt angesehen werden. Dafür muss der Erlaubnisinhaber Umstände vortragen, die trotz einer einschlägigen Verurteilung ausnahmsweise eine andere Beurteilung zulassen. Die Widerlegung der Regelvermutung bedarf der besonderen Rechtfertigung. Entscheidungserhebliche Faktoren sind zunächst die Schwere der Tat, für die wiederum Art und Höhe der Strafe ein Kriterium darstellen. Ferner kommt es darauf an, ob die Straftat aus einer besonderen, sich nicht wiederholenden Situation heraus begangen worden ist. Die seit der Straftat vergangene Zeit sowie das Verhalten des Erlaubnisbewerbers nach der Straftat sind von Bedeutung, wobei allein straffreie Führung nicht ausreicht. […]“

1. Begehen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

OVG Münster, 4 B 1100/19 v. 8.1.2000 = NVwZ-RR 2020, 926 ff. (Folie 2 von 2):

„14. […]. Nach diesen europarechtlichen Vorgaben ist eine einschlägige Eintragung im innerstaatlichen Strafregister – unabhängig davon, ob die Straftat im privaten oder gewerblichen Bereich begangen wurde – ein den guten Leumund bzw. die Zuverlässigkeit ausschließender Tatbestand. […]

16. Abgesehen davon zeigt der Antragsteller nicht auf, dass er nur dann keine Skrupel besitzt, andere zu betrügen oder sonst zu übervorteilen, wenn sich sein Tun "nur" im privaten Bereich auswirkt, während sein Selbstverständnis derartige Verhaltensweisen dann ausschließt, wenn hierdurch die vermögensbezogenen Belange seiner Kunden im gewerblichen Bereich verletzt werden. **Vielmehr spricht die Tatsache, dass er sogar im privaten Bereich das Vermögen von Personen, die ihm persönliche nahe stehen (Ziehvater) und von ihm abhängig sind, zugunsten seines eigenen finanziellen Vorteils schädigt, für das Bestehen einer beachtlichen Gefahr, dass er auch im gewerblichen Bereich das Vermögen der ihm weniger gut bekannten Kunden nicht den Berufspflichten entsprechend schützt**.“

1. Begehen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

VGH Manneim, 6 S 506/21 v. 8.6.2021 = GewArch 2021, 331 ff.

„6. Die Verurteilung des Antragstellers wegen unerlaubten Besitzes einer halbautomatischen Kurzwaffe zum Verschießen von Patronenmunition und des tateinheitlich unerlaubten Besitzes von acht Stück Patronenmunition gehört nicht zu diesem Katalog von Straftaten. **Die Unzuverlässigkeit kann sich außer aus den in § 33c Abs. 2 Nr. 1 Hs. 2 GewO genannten Gesichtspunkten aber auch aus anderen Gründen ergeben, namentlich wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die für die Aufstellung von Spielgeräten erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, § 33c Abs. 2 Nr. 1 Hs. 1 GewO**. Diese entsprechen denjenigen, die die Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO zu rechtfertigen vermögen. Denn wie § 35 GewO dient auch § 33c Abs. 2 GewO unter anderem dem Schutz der Allgemeinheit vor unzuverlässigen Gewerbetreibenden. Der Erlaubnisversagungsgrund der (allgemeinen) Unzuverlässigkeit liegt vor, wenn der Gewerbetreibende nach dem Gesamtbild seines Verhaltens keine Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreibt “

1. Begehen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

VG Potsdam, 3 L 857/23 v. 21.12.2023 = GewArch 2024, 78 ff.

„Vorliegend rechtfertigt der der Verurteilung durch das Amtsgericht [...] wegen Verstoßes gegen das Gewaltschutzgesetz zugrundeliegende Sachverhalt die Prognose der Unzuverlässigkeit des Antragstellers für die Tätigkeit als Wachperson. Nach den Feststellungen des Amtsgerichts [...] hat dieser entgegen der gegen ihn erlassenen einstweiligen Anordnung Kontakt zu seiner ehemaligen Lebensgefährtin aufgenommen, indem er ihr [...] eine Textnachricht schrieb und sie einen Tag später anrief. [...] **Die Tat offenbart, dass es dem Kläger an einer für die Tätigkeit als Bewachungsperson notwendigen Impulskontrolle mangelt**. Indem er sich über die gerichtliche Anordnung der Kontaktsperre hinweggesetzt hat, hat er seine Bereitschaft, rechtliche Grenzen zu über-schreiten, unter Beweis gestellt. Dies gilt auch vor dem Hintergrund, dass Beziehungskonflikte, die der Tat zu Grunde gelegen haben, in besonderer Weise emotionsbeladen sein können. Gerade im Bewachungsgewerbe ist jedoch ein besonnenes, deeskalierendes Auftreten in Konfliktsituationen zum Schutz der Allgemeinheit unerlässlich und potentielle Gewaltgeneigtheit fehl am Platz. Von einer im Bewachungsgewerbe tätigen Person muss erwartet werden, dass sie die Rechtsordnung nicht nur während ihrer Berufsausübung, sondern auch im privaten Bereich beachtet. [...]“

1. Begehen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

VGH München, 22 ZB 22.1292 v. 26.1.2023 = GewArch 2023, 337

„ Auch über den Bereich der hier nicht im Mittelpunkt stehenden Eigentumsdelikte hinaus kann eine gewerberechtliche Unzuverlässigkeit zu bejahen sein, wenn die Häufung von Straftaten einen Hang zur Missachtung geltender Vorschriften erkennen lässt [...]. Darauf hat das Verwaltungsgericht zu Recht abgestellt. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die gewerbliche Tätigkeit des Klägers – der Betrieb eines Tätowierstudios, bei dem der Kläger oder seine Mitarbeiter unmittelbar am Körper der Kunden arbeiten – es in besonderer Weise verlangt, die körperliche Integrität der Kunden zu respektieren. Die beiden letzten strafrechtlichen Verurteilungen des Klägers beziehen sich aber gerade auf Körperverletzungsdelikte und machen deutlich, dass der Kläger nicht in jeder Situation in der Lage war, die körperliche Integrität Anderer und das Eigentum Anderer zu achten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Amtsgericht München in der Verurteilung vom 5. November 2019 zulasten des Klägers eine aggressive Grundhaltung, vor allem in Verbindung mit Alkohol, betont und den Kläger als Alkoholiker bezeichnet hat. Der Kläger hat nicht dargelegt, inwieweit er ausschließen könnte, auch bei Ausübung seines Gewerbes alkoholisiert zu sein; dies ist auch sonst nicht ersichtlich. [...].“

1. Begehen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

- Keine Bindung an Tatsachenfeststellung des Strafgerichts (§ 35 Abs. 3 GewO), aber Abweichung zum Nachteil des Betroffenen unzulässig.
- Mit Rechtskraft des Strafurteils steht *nicht* mit für das Untersagungsverfahren bindender Wirkung fest, dass Gewerbetreibende die Tat auch begangen hat: VGH München, 22 ZB 12.2174 v. 5.3.2014, Abs. 26
- **Aber**: Behördliche Beurteilung der Zuverlässigkeit kann i.d.R. auf tatsächliche Feststellungen des Strafgerichts gestützt werden: VG Ansbach, AN 4 K 14.00305 v. 3.12.2014 = GewArch 2015, 132 ff.
- Aber: Verwirklichung von Straftatbeständen kann unabhängig davon berücksichtigt werden, ob sie von der Staatsanwaltschaft tatsächlich verfolgt werden: OVG Münster, 4 A 955/13 v. 23.4.2015, Abs. 14 f. = NJW 2015, 3387, 3388.
- Günstige Prognose bei Entscheidung des Strafgerichts zur Strafaussetzung zur Bewährung (§ 70 StGB) bindet Gewerbeaufsicht nicht: VGH München, 22 ZB 16.1784 v. 29.6.2016, Abs. 14 ff. = GewArch 2017, 162 f.; OVG Saarlouis, 1 B 118/21 v. 14.10.2021, Abs. 15 = NVwZ-RR 2022, 93 Abs. 15.

1. Begehen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

- Keine „Sperrwirkung einer führungsaufsichtlichen Weisung nach § 68b Abs. 1 Nr. 4 StGB gegenüber Untersagung nach § 35 GewO: OVG Lüneburg, 7 ME 136/11 v. 1.9.2011 = NVwZ-RR 2011, 895 f.:

- Berücksichtigungsfähig sind jedenfalls solche Straftaten, die im Bundeszentralregister noch nicht getilgt worden sind (§ 51, § 52 BZRG); jedoch kein Schematismus: Die Prognose, ob und inwieweit **längere Zeit zurückliegendes strafrechtliches Fehlverhalten** die Annahme andauernder Unzuverlässigkeit rechtfertigt, erfordert eine Gesamtwürdigung, in die namentlich Art und Umstände der Straftat und die Entwicklung der Persönlichkeit des Klägers einzubeziehen sind: OVG Lüneburg, 7 PA 33/14 v. 13.10.2014 = NVwZ-RR 2015, 25 ff.; OVG Magdeburg, 1 M 23/19 v. 11.3.2019 = NVwZ-RR 2019, 812 ff.; VGH München, 22 ZB 12.2174 v. 5.3.2014, Abs. 31 ff. = GewArch 2014, 444 ff.; VGH München, 22 B 25.180 v. 19.5.2025, Abs. 45 ff. = GewArch 2026, 80 Abs. 45 ff.

1. Begehen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

- Allein straffreies Vorleben und Wiedergutmachung des Schadens ändert an Unzuverlässigkeitsprognose wegen Begehung von Straftaten in Zusammenhang mit dem ausgeübten Gewerbe nichts, solange nicht „persönlichkeitsfremde Fehlleistung“ nachgewiesen ist: VGH München, 22 ZB 12.731 v. 25.9.2012 = GewArch 2013, 35 ff.
- Bei einem gravierenden Delikt kann schon ein einmaliger Verstoß gegen Strafgesetze die Unzuverlässigkeit indizieren, fehlende Vorbelastung und 15jähriges unbeanstandetes Tätigwerden schließt dies nicht aus (für „einmaliges“ Verprügeln und Eintreten auf Gast durch Türsteher): OVG Münster, 4 B 1401/15 v. 16.6.2016 = GewArch 2016, 388 ff.

2. Steuerrückstände / Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen

Steuerrückstände/Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen begründet regelmäßig Unzuverlässigkeit, wenn es sich um nicht unerhebliche Beträge handelt und darin zum Ausdruck kommt, dass sich Gewerbetreibender nicht an Recht halten will oder wirtschaftlich leistungsunfähig ist

VGH München, 22 ZB 12.605 v. 27.6.2012, Abs. 9 ff. = NVwZ-RR 2012, 803 ff.

- Es kommt nicht nur auf die Begründung von Neuschulden, sondern auch auf die Nicht-Tilgung von Altschulden an
- Es gibt grundsätzlich keinen festen Mindestbetrag (insbes. keine feste 5000,- Euro Grenze)

OVG Weimar, 3 ZKO 249/17 v. 18.11.2021 = GewArch 2022, 158 ff.

- Der Betrieb als solcher und dessen Wirtschaftlichkeit ist für die Prüfung der Unzuverlässigkeit der Gewerbetreibenden nicht vorrangig ausschlaggebend

OVG Magdeburg, 1 M 8/12 v. 20.2.2012 = NVwZ-RR 2012, 383 f.

- Dass eine (für vorläufige Festsetzung von Sozialversicherungsbeiträgen notw.) Einkommensschätzung zu hoch ausfällt, ist unerheblich: Korrektur ist durch Sozialversicherungsträger notw. (ähnl. für Steuerschätzung: OVG Magdeburg, 1 O 197/11 v. 10.1.2012 = NVwZ-RR 2012, 307)

2. Steuerrückstände / Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen

OVG Münster, 4 B 1486/17 v. 23.1.2018, Abs. 12 ff. = GewArch 2018, 165 f.

- Probleme mit Steuerberater sind unerheblich; Sanierungskonzept erfordert mehr als Behauptung, künftig Steuerpflichten erfüllen zu wollen.

VGH München, 22 ZB 22.2158 v. 30.6.2023 = NVwZ-RR 2023, 992 ff.

- An der gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit, die sich auf steuerliche Rückstände gründet, ändert ein Vollstreckungsaufschub (§ 258 AO) grundsätzlich nichts, es sei denn, ein solcher Aufschub ist Teil eines sinnvollen und erfolgversprechenden Sanierungskonzepts, nach dem der Gewerbetreibende arbeitet.

OVG Münster, 4 A 138/23 v. 25.3.2024 = GewArch 2024, 238 ff.

- Keine Bedeutung, dass über 35 Jahre Gewerbesteuer bezahlt und in den Betrieb investiert und Arbeitnehmer beschäftigt wurden.

2. Steuerrückstände / Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen

OVG Münster, 4 B 21/20 v. 30.4.2020, Abs. 10 = GewArch 2020, 329 ff.

- Ein erfolgversprechendes Sanierungskonzept liegt vor, wenn ein verbindlicher und von den Gläubigern akzeptierter Tilgungsplan existiert, dem konkrete Ratenzahlungen und insbes. das Ende der Rückführung der gesamten Rückstände zu entnehmen sind, der Schuldner vereinbarten Ratenzahlungen nachkommt und währenddessen keine Vollstreckungsmaßnahmen gegen ihn eingeleitet werden können (s. a. OVG Bautzen, 6 A 559/19 v. 10.11.2022, Abs. 39 ff. = GewArch 2023, 110 Abs. 39 ff.)

OVG Bremen, 1 LA 323/23 v. 11.3.2024 = GewArch 2024, 237 ff.

- Zahlung auch erheblicher Beträge nach Untersagung ändert an Rechtmäßigkeit der Untersagung nichts.

2. Steuerrückstände / Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen

OVG Hamburg, 4 Bs 216/19 v. 31.1.2020, Abs. 21 = GewArch 2020, 191 Abs. 9

„Steuerrückstände, die zur Annahme der gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit führen können, sind solche nicht gezahlten Steuern, die der Steuerschuldner von Rechts wegen bereits hätte zahlen müssen. Die Steuern bedürfen, soweit nichts anderes vorgeschrieben ist, der Festsetzung durch Steuerbescheid (§ 155 AO). […]. **Zu zahlen sind auch wirksam festgesetzte und fällige Steuern, die streitig sind und gegen deren Festsetzung der Steuerschuldner Rechtsbehelfe eingelegt hat, über die noch nicht oder jedenfalls noch nicht rechtskräftig entschieden ist** (vgl. § 361 Abs. 1 AO; § 69 Abs. 1 FGO). Auf die materielle Rechtmäßigkeit der Steuerfestsetzung kommt es also gewerberechtlich grundsätzlich ebenso wenig an wie auf deren Bestandskraft oder z.B. darauf, ob die in einem Steuerbescheid festgesetzte Steuer lediglich nach § 162 AO geschätzt worden ist. […]. Die Gewerbeaufsichtsbehörden […] sind nicht verpflichtet, die Rechtmäßigkeit der Steuerfestsetzung zu prüfen und in diesen Zusammenhang ggf. weitere Ermittlungen vorzunehmen […]. Welcher Art die Steuerschulden sind, ist unerheblich. Erforderlich ist nur, dass die Steuerrückstände - um für die Beurteilung der Zuverlässigkeit als Gewerbetreibender aussagekräftig zu sein - gewerbebezogen sind. Dies ist […] bei Steuerschulden der Fall, die sich aus dem Betrieb eines Gewerbes ergeben, also [z. der Einkommen-, Lohn-, Umsatz-, Gewerbe[…]steuer […]“

2. Steuerrückstände / Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen

OVG Münster, 4 B 1168/20 v. 20.4.2021 = NVwZ-RR 2021, 716

„19. […]. Es entspricht ständiger höchstrichterlicher […]. Rechtsprechung, dass die **Finanzämter die Gewerbebehörden nach § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO von Steuerrückständen in Kenntnis setzen dürfen, die auf eine Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden hindeuten, auch wenn die entsprechenden Festsetzungen noch nicht bestandskräftig geworden sind**. […].
21. Insbesondere lässt sich entgegen der Ansicht des Antragstellers aus der Verwendung des Begriffs "namentlich" ableiten, dass der Gesetzgeber den Begriff des zwingenden öffentlichen Interesses nicht abschließend definieren, jedoch Anhaltspunkte dafür geben wollte, von welchen Vorstellungen er hinsichtlich des Begriffs des zwingenden öffentlichen Interesses ausgegangen ist. […].
23. Ein solcher Fall ist grundsätzlich dann gegeben, wenn die Offenbarung von erheblichen Steuerrückständen gegenüber den Gewerbebehörden dazu dienen kann, diesen die Erfüllung der ihnen durch § 35 GewO im Interesse des Schutzes der Allgemeinheit auferlegten Aufgabe zu ermöglichen, also bei gegebenem Anlass gegen steuerlich unzuverlässige Gewerbetreibende das Mittel der Gewerbeuntersagung zu verhängen, um so das Vertrauen der Allgemeinheit auf die Redlichkeit des Geschäftsverkehrs und die ordnungsgemäße Arbeit der Gewerbebehörden zu bewahren. […].“

3. Mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

Begründet **zumindest bei Ausweglosigkeit der wirtschaftlichen Krisensituation** Unzuverlässigkeit, wenn für die Zukunft des Gewerbetreibenden wirtschaftliche Notlage zu befürchten ist, die erfahrungsgemäß Anlass zu Handlungen bieten, die zur Annahme der Unzuverlässigkeit führen

Kein Abwarten der späteren Pflichtverletzung erforderlich, aber: Beweis- und Haftungsprobleme

- OVG Lüneburg, 7 PA 29/14 v. 25.9.2014 = NJW 2014, 3529 ff.: Insolvenzgerichtliche Ankündigung der Restschuldbefreiung lässt Unzuverlässigkeit wegen fehlender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit entfallen, da Entschuldung ernsthaft in Aussicht gestellt wird.
- OVG Bautzen, 3 A 334/13 v. 30.3.2015, Abs. 5 ff. = NVwZ-RR 2015, 532 ff.:und OVG Bremen, 1 LB 27/23 v. 18.4.2023 = NordÖR 2023, 668 ff: Eidesstattliche Versicherungen als deutliches Indiz für wirtschaftliche Leistungsunfähigkeit
- VGH München, 22 ZB 16.253 v. 20.5.2016, Abs. 18 = GewArch 2017, 155 Abs. 10: „Alles in der Macht stehende tun“, um Leistungsfähigkeit (wieder) herzustellen, reicht nicht aus: Tragfähiges Sanierungskonzept notwendig.

3. Mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

VGH München, 22 C 16.1107 v. 8.2.2017, Abs. 13 = GewArch 2018, 36

„Der Kl. macht […] geltend, er sei in die […] schwierige finanzielle Lage dadurch geraten, dass ihm sein früherer Arbeitgeber […] unberechtigt gekündigt habe und ihm immer noch mindestens 30.000 € schulde, um die der Kl. derzeit prozessiere; das LG München I habe dem Kl. […] Prozesskostenhilfe für diesen Rechtsstreit bewilligt […]. Insoweit ist allerdings darauf hinzuweisen, dass die Gründe für die Umstände, aufgrund derer die Annahme der gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit gerechtfertigt ist, gerade in Fällen der wirtschaftlichen Leistungsunfähigkeit unerheblich für die anzustellende Prognose sind, ob der Gewerbetreibende künftig zuverlässig oder unzuverlässig ist. **Es kommt entscheidend darauf an, ob erkennbar ist, dass und wie die wirtschaftliche Leistungsunfähigkeit künftig in einem hinnehmbaren Zeitraum beendet und damit Gefahren für andere Gewerbetreibende, Kunden, die öffentliche Hand, andere Stellen und die Rechtsordnung insgesamt abgewendet werden können.** Für diese Prognose sind die Gründe, die zur wirtschaftlichen Leistungsunfähigkeit geführt haben, nicht entscheidend; maßgeblich sind allein die Aussichten für deren Beendigung […]. Auf die Frage, ob dem Kl. zu Recht oder zu Unrecht der Arbeitsplatz gekündigt wurde, kommt es somit nicht an. “

Exkurs: Verhältnis zwischen Gewerbeuntersagung und Insolvenzverfahren: § 12 GewO

§ 12 GewO - Insolvenzverfahren

Vorschriften, welche die Untersagung eines Gewerbes oder die Rücknahme oder den Widerruf einer Zulassung wegen Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden, die auf ungeordnete Vermögensverhältnisse zurückzuführen ist, ermöglichen, sind während der Zeit

1. eines Insolvenzverfahrens,
2. in der Sicherungsmaßnahmen nach § 21 [InsO] angeordnet sind,
3. der Überwachung der Erfüllung eines Insolvenzplans (§ 260 [InsO]) oder
4. in der in einem Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen ein Restrukturierungsbeauftragter bestellt ist, eine Stabilisierungsanordnung wirksam ist oder dem Restrukturierungsgericht ein Restrukturierungsplan zur Vorprüfung, zur Anberaumung eines gerichtlichen Erörterungs- und Abstimmungstermins oder zur Bestätigung vorliegt,

nicht anzuwenden in Bezug auf das Gewerbe, das zur Zeit des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder des Antrags auf Anordnung des Restrukturierungs- oder Stabilisierungsinstruments ausgeübt wurde. Dies gilt nicht für eine nach § 35 Absatz 2 Satz 1 oder Absatz 3 [InsO] freigegebene selbstständige Tätigkeit des Gewerbetreibenden, wenn dessen Unzuverlässigkeit mit Tatsachen begründet wird, die nach der Freigabe eingetreten sind.“

Exkurs: Verhältnis zwischen Gewerbeuntersagung und Insolvenzverfahren: § 12 GewO

§ 12 GewO ist durch Art. 20 des Gesetzes zur Fortentwicklung des Sanierungs- und Insolvenzrechts (Sanierungs- und Insolvenzrechtsfortentwicklungsgesetz – SanInsFoG) v. 22.12.2020 (BGBl. I, 3256) vollständig neu gefasst worden.

BT-Drs. 19/24181, 222 f.:

„Die Vorschrift setzt in ihrer bisherigen Fassung die Anwendung gewerberechtlicher Untersagungs-, Rücknahme- und Widerrufsvorschriften für bestimmte Zeitabschnitte aus und stellt damit sicher, dass keine dem Insolvenzrecht zuwiderlaufende Entscheidungen über den Fortbestand des Gewerbebetriebes getroffen werden können. Eine vergleichbare Interessenlage besteht auch, wenn eine Restrukturierung unter Zuhilfenahme von Restrukturierungsinstrumenten nach dem Unternehmensstabilisierungs- und –restrukturierungsgesetz ernsthaft betrieben wird und sich schon in einer fortgeschrittenen Phase befindet. […].“

Ausführlich zur Neufassung und zur Frage, ob und inwieweit Rechtsprechung zur früheren Fassung des § 12 GewO noch herangezogen werden kann: *Heß*, GewArch 2022, 310 ff.

Exkurs: Verhältnis zwischen Gewerbeuntersagung und Insolvenzverfahren: § 12 GewO

OVG Bautzen, 4 B 102/24 v. 29.1.2025, Rn. 25 = NVwZ-RR 2025, 456 Rn. 25:

- „Es spricht alles dafür, dass § 12 Abs. 1 Satz 1 GewO auch im Anwendungsbereich des Fahrlehrergesetzes Anwendung findet. Nach dem Willen des Gesetzgebers kann die Vorschrift bei gewerberechtlichen Nebengesetzen auch bei Fehlen einer ausdrücklichen Verweisung Anwendung finden, z. B. im Falle der Handwerksordnung […].“

OVG Saarlouis, 1 B 209/22 v. 12.4.2023, Rn. 37 ff. = NVwZ-RR 2023, 767 Rn. 37 ff.

- § 12 GewO ist nach seinem Wortlaut nur auf Fälle der Gewerbeuntersagung und des Widerrufs von Gewerbeerlaubnissen anzuwenden; eine analoge Anwendung ist gerechtfertigt, soweit es um die erneute Erteilung einer befristeten Erlaubnis geht

- Dies bedeutet, dass wirtschaftliche Unzuverlässig bei der Entscheidung über die Neuerteilung der Erlaubnis nicht berücksichtigt werden darf.

4. Mangelnde Sachkunde

BVerwG, I C 34.60 v. 27.6.1961, Abs. 15 = NJW 1961, 1834 (Überfordertes Reisebüro)

„[…] auch bloße Unfähigkeit [kann] einen Mangel der Zuverlässigkeit begründen. Ein Schwimmlehrer, der selbst nicht schwimmen kann, und ein Rechtskonsulent, der zur Darstellung eines einfachen Sachverhalts nicht fähig ist, sind für die von ihnen betriebenen Gewerbe nicht zuverlässig […].“

4. Mangelnde Sachkunde

BVerwG, I B 181.64 v. 9.11.1964, Abs. 6 = GewArch 1965, 101 (Makler ohne Fachkenntnisse)

„ […] unzureichende Ausbildung und mangelhafte Fähigkeiten [können] die Annahme der Unzuverlässigkeit begründen können. […]. Insoweit kann dahingestellt bleiben, ob bei Berufen, bei denen der Gesetzgeber selbst die Berufsaufnahme nicht von dem Nachweis besonderer Sachkunde abhängig macht, bereits aus dem Ausbildungsgang und einer bisher berufsfremden Betätigung des Gewerbetreibenden der Schluß auf seine Unzuverlässigkeit gezogen werden kann, solange nicht die Art seiner Gewerbeausübung die mangelnde Eignung erkennen läßt, ob ein Vorgehen gegen den Gewerbetreibenden in solchen Fällen grundsätzlich nicht vielmehr unterbleiben muß, bis die Art, in der er sein Gewerbe ausübt, zeigt, daß der von seiner unzureichenden Vorbildung befürchtete Mangel an Eignung für das gewählte Gewerbe tatsächlich in Erscheinung tritt; denn schon die von dem Kläger in Ausübung seines Gewerbes begangenen strafbaren Handlungen reichen für sich allein aus, um die Gewerbeuntersagung ihm gegenüber zu rechtfertigen.“

4. Mangelnde Sachkunde

BVerwG, I C 6.63 v. 4.11.1965, Abs. 25 = BVerwGE 22, 286, 296 f.
(Gewerbeuntersagung gegenüber Astrologen)

„Was die Sachkunde anbelangt, so kann das Fehlen genügender Fachkenntnisse die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden jedenfalls nur bei den Gewerben ergeben, bei denen nach der allgemeinen Lebenserfahrung die ordnungsgemäße Ausübung des Gewerbes von den fachlichen Fähigkeiten des Gewerbetreibenden abhängt. Nur in solchen Fällen läßt sich überhaupt von einer für das betreffende Gewerbe ‚erforderlichen' Sachkunde sprechen. Insofern weist die gewerbsmäßige Betätigung als Astrologe eine für sie charakteristische Besonderheit auf, mit der sich aus folgenden Erwägungen eine Prüfung der Sachkunde des Astrologen durch die Behörden nicht vereinbaren läßt."

Zusammenfassend hierzu *Laubinger*, VerwArch 89 (1998), 145, 154 f.

5. Verletzung zivilrechtlicher Pflichten

- Begründet **gegebenenfalls** Unzuverlässigkeit unter gleichzeitiger Begehung von Straftaten / Ordnungswidrigkeiten oder bei „notorischer“ Pflichtverletzung, die auf charakterliche Mängel schließen lassen
- Nicht ausreichend: punktuelle Missachtung zivilrechtlicher (verbraucher-schutzrechtlicher) Pflichten (s.a. *Durner*, DVBl 2014, 1356, 1361 f.)
- Zu Maßnahmen der Gewerbeaufsicht bei Verstößen gegen das Antidiskriminierungsgesetz: *Kühn/Klose,* NVwZ 2012, 1443 ff.

6. Verletzung spezifisch öffentlich-rechtlicher Pflichten

Beispiele:

- illegale Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer oder Verstöße gegen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
- beharrliche Verstöße gegen umweltrechtliche, lebensmittelrechtliche Pflichten oder Gesundheitsschutzbestimmungen
  - bei Kontrollen festgestellte Verstöße gegen lebensmittelrechtliche Aufbewahrungsvorschriften (Hygienemängel): OVG Weimar, 3 ZKO 403/21 v. 7.2.2024, Abs. 17 ff. = LKV 2024, 518, 520 f.
  - Verstöße gegen straßenrechtl. Regelungen zur Aufstellung von Abfallsammelcontainern: OVG Münster, 20 A 875/17 v. 7.2.2020, Abs. 67 = GewArch 2020, 340 Abs. 8
  - Sperrzeitverstöße: OVG Münster, 4 B 1486/17 v. 23.1.2018, Abs. 17 ff. = GewArch 2018, 165 f.: OVG Münster, 4 B 537/18 v. 27.6.2018, Abs. 19 ff. = GewArch 2018, 425 ff.

6. Verletzung spezifisch öffentlich-rechtlicher Pflichten

Beispiele:

- beharrliche Verstöße gegen erteilte Betriebsauflagen und spezifische Pflichten für das betreffende Gewerbe, z. B.
  - Verstöße gegen Lärmschutzauflagen: OVG Münster, 4 B 1127/16 v. 28.11.2016 = GewArch 2017, 84 ff.
  - Verstöße von Auflagen zur Gaststättenerlaubnis für Shishabar (VG Köln, 1 L 1741/23 v. 19.1.2024 = GewArch 2024, 126 ff.).
  - hartnäckig unvollständig Ausfüllen der Formblätter zum Arbeitsnachweis für „Kehrbuchführung“: VGH München, 22 C 17.700 v. 17.7.2017 = GewArch 2017, 437 ff.
  - Weigerung zur Erfüllung von Corona-Auflagen (Aushang, dass auch Gäste ohne Maske „Willkommen“ seien): VG Arnsberg, 8 K 2989/21 v. 12.9.2022 = GewArch 2023, 38 ff.

6. Verletzung spezifisch öffentlich-rechtlicher Pflichten

BVerwG, 7 C 30/18 v. 8.7.2020 = BVerwGE 169, 131 ff. (Folie 1 von 2)

„22. […] Zu den für die Bewertung der Zuverlässigkeit bedeutsamen Anforderungen [im Abfallrecht] gehört […] nicht allein die Beachtung der unmittelbar dem Schutz der Umwelt bei der Bewirtschaftung von Abfällen dienenden Vorschriften. Vielmehr sind auch sonstige Vorschriften von Belang, die den rechtlichen Rahmen der Abfallsammlung bilden. Hierzu zählen insbesondere straßen- oder privatrechtliche Bestimmungen über die Nutzung von Flächen zum Aufstellen von Sammelcontainern. Nur bei Beachtung auch dieser rechtlichen Vorgaben kann die Sammlung störungsfrei und verlässlich erfolgen. Der Berücksichtigung auch solcher Vorschriften steht nicht entgegen, dass darauf bezogene Angaben bei der Anzeige nach § 18 Abs. 2 KrWG nicht gefordert werden können. Zwar hat das Anzeigeverfahren einen primär sammlungs- und nicht personenbezogenen Normzweck; das schlägt jedoch nicht auf das Untersagungsverfahren nach § 18 Abs. 5 KrWG durch […].“

6. Verletzung spezifisch öffentlich-rechtlicher Pflichten

BVerwG, 7 C 30/18 v. 8.7.2020 = BVerwGE 169, 131 ff. (Folie 2 von 2)

„23. Es ist des Weiteren unerheblich, ob die Verstöße von der Rechtsordnung als besonders schwerwiegend bewertet werden und deswegen strafbewehrt sind. Werden sonstige Vorschriften missachtet, können auch wiederholte, jeweils für sich genommen nicht wesentlich ins Gewicht fallende Verstöße bedeutsam sein, wenn sie bei einer Gesamtbetrachtung den Schluss rechtfertigen, der Betreffende sei nicht willens oder nicht in der Lage, die Sammlung im Einklang mit den einschlägigen Vorschriften durchzuführen. Unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist allerdings nach den Umständen des Einzelfalls zu prüfen, ob eine mögliche Beeinträchtigung öffentlicher Belange mit für den Betreffenden milderen Mitteln erreicht werden kann […]

7. Sonstiges

Bsp.: Trunksucht, Krankheiten, die vernünftige Gewerbeausübung als ausgeschlossen erscheinen lassen; sexuelle Belästigung von Arbeitnehmern, etc.

Ggf. auch objektiv sittenwidriges Handeln, soweit nicht schon Gewerbe verneint und wird bzw. die Sittenwidrigkeit als ausdrücklicher Versagungs- bzw. Unzuverlässigkeitsgrund hervorgehoben wird

> *Ennuschat*, in: Chan/Ennuschat/Lee/Storr (Hrsg.), Ethik und Öffentliche Wirtschaftsrecht, 2025, 149, 156 ff.

7. Sonstiges

OVG Bremen, 2 B 273/09 v. 5.10.2009 = NVwZ-RR 2010, 102, 103:

„Wenn er darauf verweist, dass es sich bei dem Quartier ‚…' traditionell um eines der stärksten BTM-belasteten Gebiete in der Stadtgemeinde Bremen handelt, so kann ihn das nicht entlasten. Vielmehr hätte dies ihm Anlass geben müssen, mit erhöhter Aufmerksamkeit darauf zu achten, dass sein Lokal, das auf ständig wechselnde Kundschaft ausgerichtet ist, nicht in die Drogenszene hineingezogen wird. **Wer ein Lokal dieser Art in einer solchen Umgebung betreiben will, muss die Gewähr dafür bieten, dass er in der Lage ist, dem Missbrauch des Lokals durch die Drogenszene u. U. durch den Einsatz zusätzlichen Wachpersonals zu widerstehen. Wer das nicht leisten kann, hat nicht die für die Gewerbeausübung erforderliche Zuverlässigkeit.“**

Ebenso OVG Münster, 4 B 299/24 v. 29.10.2024, Abs. 7 = GewArch 2024, 502 Abs. 6

7. Sonstiges

OVG Lüneburg, 7 ME 32/15 v. 29.6.2015 = GewArch 2015, 414, 415:

„14. Zu den an den Betreiber einer Diskothek zu stellenden Anforderungen gehört es, die notwendigen Maßnahmen gegen die Begehung strafbarer Handlungen in seinen Räumen zu ergreifen. Er muss insbesondere alle erforderlichen Maßnahmen treffen, um die in der von ihm betriebenen Diskothek aufgetretenen Verstöße gegen die Vorschriften des Betäubungsmittelgesetzes zu unterbinden. Er ist zur Zusammenarbeit mit der Polizei verpflichtet, um den Umgang mit Betäubungsmitteln und damit strafbare Handlungen in seiner Gaststätte zu unterbinden […] . Art und Umfang der zu treffenden Maßnahmen bestimmen sich nach der jeweiligen Gefahrenlage; sie können von der Verhängung von Lokalverboten oder der Intensivierung der Zusammenarbeit mit der Polizei über erhebliche Umgestaltung der Betriebsräume bis zur Schließung des Lokals reichen […]. Das Ergreifen solcher Maßnahmen setzt allerdings voraus, dass der Gastwirt von den strafbaren Handlungen Kenntnis hat oder diese bei Beachtung der ihm obliegenden besonderen Aufsichtspflicht hätte haben müssen. Fehlt es daran, können die strafbaren Handlungen Dritter nicht die Unzuverlässigkeit des Gastwirts begründen […].“

7. Sonstiges

OVG Lüneburg, 7 ME 32/15 v. 29.6.2015 = GewArch 2015, 414, 415:

„15. Die Frage, ob den Gastwirt gegebenenfalls ein persönliches Verschulden an einem mangelhaften Verhalten trifft, ist unerheblich […]. Die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit ist stets unabhängig von einem etwaigen Verschulden des Gewerbetreibenden objektiv zu beurteilen […]. Den Gewerbetreibenden trifft ausschließlich der Vorwurf, die betreffende Gaststätte überhaupt noch zu betreiben. Von einem sein Gewerbe ordnungsgemäß ausübenden Gastwirt ist es im Hinblick auf die mit dem Drogenmissbrauch verbundenen Gefahren zu erwarten, dass er seinen Betrieb nicht nur etwa durch Änderung des Betriebskonzeptes so umgestaltet, dass er als Anlaufstelle für Drogenkonsumenten und Drogenhändler unattraktiv ist. **Er muss ihn äußerstenfalls – wenn andere Maßnahmen nicht gegriffen haben – als ultima ratio sogar (vorübergehend) schließen und sein Gewerbe gegebenenfalls an anderer Stelle wieder aufnehmen, damit auf dieses Weise die „Szene“ ihr Interesse verliert** […].“

7. Sonstiges

VG Neustadt a. d. W., 4 L 403/16.NW v. 14.6.2016, Abs. 39 ff. = GewArch 2016, 353, Abs. 39 ff.

- Fehlende Deutschkenntnisse begründen keine Unzuverlässigkeit eines Gastwirts.
- Nach § 4 Abs. 1 Nr. 4 GastG vorgesehene 6-stündige Unterrichtung über lebensmittelrechtliche Kenntnisse kann auch mittels Dolmetschers erfolgreich absolviert werden.
- Im Verhältnis zu Dritten (Gästen/Gläubigern) kann sich Gewerbetreibender der Hilfe seiner Angestellten bedienen.

III. Auf welche Person kommt es an?

Maßgeblich ist grundsätzlich die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden.

Unzuverlässigkeit von Hilfspersonen spielt nur dann eine Rolle, wenn sich hierin eine Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden wegen fehlender Überwachung widerspiegelt.

Ausnahmen nur bei besonderer gesetzlicher Anordnung, z.B.

- § 35 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GewO: Unzuverlässigkeit des Betriebsleiters ist Gewerbetreibenden unmittelbar zuzurechnen
- § 35 Abs. 7a GewO: Ausweitung der Untersagung gegenüber Vertretungsberechtigten oder Betriebsleiter

III. Auf welche Person kommt es an?

Fallgruppen

- Einzelkaufmann
- Juristische Person (GmbH, AG, etc.)
- Personengesellschaften
- Sonderfall: Strohmann/-frau

1. Unzuverlässigkeit des Einzelkaufmanns

Gewerbetreibender = natürliche Person

Grundsatz: Abstellen auf Gewerbetreibenden selbst

Ausnahme: Verantwortung der Unzuverlässigkeit anderer Personen (hierzu: BVerwG, VII C 63.59 v. 16.10.1959 = BVerwGE 9, 222 ff.; OVG Lüneburg, 7 LA 159/05 v. 13.9.2006 = GewArch 2008, 124; OVG Münster, 4 A 162/16 v. 21.12.2017 = GewArch 2018, 160 f.):

- Bei maßgeblichem Einfluss des unzuverlässigen Dritten auf Geschäftsführung ohne Hinderung an weiterer Tätigkeit durch Gewerbetreibenden

- Begründung der Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden aufgrund Verschaffens oder Nichtbeseitigens des Einflusses

- Verhältnismäßigkeit: Untersagung der Beschäftigung des unzuverlässigen Dritten (etwa durch Abberufung eines Stellvertreters nach § 45 GewO auf Grundlage des § 35 Abs. 1 GewO)

2. Unzuverlässigkeit einer juristischen Person (GmbH, AG, etc.)

Gewerbetreibender = juristische Person (allg. hierzu: VGH München, 22 ZB 18.807 v. 7.6.2018 = NVwZ-RR 2019, 182 ff.; *Scheidler*, GewArch 2005, 445 ff.)

- Abstellen auf Verhalten der gesetzlich vertretungsberechtigten Personen (§ 78 Abs. 1 AktG, § 35 Abs. 1 GmbHG) = Unmittelbare Zurechnung der Unzuverlässigkeit des gesetzlichen (organschaftlichen) Vertreters als **eigene Unzuverlässigkeit** der juristischen Person (vgl. Rechtsgedanke des § 31 BGB)

  VGH Mannheim, 10 S 1509/20 v. 6.8.2020, Abs. 32 ff. = NJW 2021, 250 Abs. 32 ff.; VGH München, 22 ZB 24.2020 v. 21.11.2025, Abs. 16 ff. = GewArch 2026, 84 Abs. 16 ff.; OVG Münster, 13 B 1037/23 v. 24.1.2024, Abs. 62 ff. = GewArch 2024, 115 Abs. 39 ff.

- Dies gilt nicht, wenn Tatsachen ***nur*** die Privatsphäre des Vertreters betreffen

  Persönliche wirtschaftliche Leistungsunfähigkeit des Geschäftsführers führt nicht zur Unzuverlässigkeit der juristischen Person: VGH München. 22 CS 11.1972 v. 17.1. 2012, Abs. 10 = GewArch 2013, 449, 450; s. a. auch OVG Münster, 4 A 2233/15 v. 28.8.2017, Abs. 8 f. = NVwZ-RR 2017, 1018 (hierzu gleich)

- Ggf. ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung gewerberechtlicher Maßnahmen zu berücksichtigen, dass Unzuverlässigkeitsgründe allein in der Person des Vertreters liegen

2. Unzuverlässigkeit einer juristischen Person (GmbH, AG, etc.)

OVG Münster, 4 A 2233/15 v. 28.8.2017, Abs. 8 f. = NVwZ-RR 2017, 1018

„8. Handelt es sich bei dem Gewerbetreibenden um eine juristische Person, ist grundsätzlich auf das Verhalten der für sie handelnden gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertreter abzustellen. […]
10. Soweit sich die Unzuverlässigkeit des Geschäftsführers der Kl. (auch) aus solchen Tatsachen ergibt, die nicht im Zusammenhang mit der Geschäftsführertätigkeit eingetreten sind, sind diese ebenfalls bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit der Kl. zu deren Lasten zu berücksichtigen. Denn auch sie lassen im Rahmen der vorzunehmenden Prognose erwarten, dass sich die Unzuverlässigkeit des Geschäftsführers auf die ordnungsgemäße Führung des Gewerbes durch die Klägerin auswirken wird. Die […] Zahlungsrückstände des Geschäftsführers gegenüber dem Finanzamt beliefen sich […] im Zeitpunkt des Erlasses der angefochtenen Verfügung auf mehr als 144.000,00 EUR. Unter Berücksichtigung auch seiner Stellung als Alleingesellschafter der Kl. sowie des Umstands, dass die Kl. unter seiner Verantwortung bereits erhebliche Steuerschulden angehäuft hat, rechtfertigt dies die Prognose, der Geschäftsführer werde ebenso wie in eigenen Angelegenheiten auch im Rahmen seiner Tätigkeit für die Kl. nicht für eine ordnungsgemäße Erfüllung steuerlicher Pflichten sorgen.“

3. Unzuverlässigkeit von Personengesellschaften (oHG, KG, GbR etc.)?

- Generell werden bzw. wurden (bisher) Personengesellschaften nicht als „gewerbefähig“ angesehen (hierzu § 10 D des Kurses)

- Nur die (geschäftsführenden) Gesellschafter wurden bisher als selbständig angesehen, weil nur diese die unternehmerischen Entscheidungen (selbständig) treffen – d.h. auch, dass nur die geschäftsführenden Gesellschafter selbst Gewerbetreibende sind

- Dementsprechend kam es auch für die Zuverlässigkeit nur auf den geschäftsführenden Gesellschafter an – dieser war letztlich wie ein Einzelkaufmann zu behandeln (VGH München, 20 BV 13.428 v. 26.9.2013, Abs. 24 = BayVBl 2014, 117) und auch „Adressat“ von Gewerbeaufsichtsmaßnahmen

- Wenn man heute von „Gewerbefähigkeit“ von Personengesellschaften ausgehen sollte, wären diese „Adressat“ von Gewerbeaufsichtsmaßnahmen, jedoch wäre ihnen – wie juristischen Personen – das Verhalten (nur) der geschäftsführenden Gesellschafter entsprechend dem Rechtsgedanken des § 31 BGB zuzurechnen.

4. Sonderfall: Strohmann/-frau

Strohmann/-frau = nach außen auftretende und die Gewerbeanzeige erstattende Person, ohne tatsächliche Einflussmöglichkeiten auf den Gewerbebetrieb

- Vorschiebung des Strohmanns/-frau als jederzeit steuerbare „Marionette“ vom eigentlichen Gewerbetreibenden als „Hintermann“, dem faktisch die Geschäftsführung obliegt
- Aufgrund kollusiven Zusammenwirkens von Strohmann/-frau und Hintermann werden *beide* als Gewerbetreibende angesehen (BVerwG 1 C 3.81 v. 2.2.1982, Abs. 19 f. = BVerwGE 65, 12, 13; OVG Lüneburg, 7 ME 15/15 v. 22.5.2015, Abs. 10 f. = NVwZ-RR 2015, 692, 693):
  - → Gewerberechtliche Maßnahmen gegenüber Strohmann, weil er unzuverlässigem Dritten maßgeblichen Einfluss auf Gewerbebetrieb einräumt (Strohmann muss sich an Rechtsschein festhalten lassen) – vgl. VGH Kassel, 6 B 1557/12 v. 4.9.2012, Abs. 20 ff. = GewArch 2013, 39, 40 f.
  - → Gewerberechtliche Maßnahmen gegenüber Hintermann als eigentlichen Gewerbetreibenden
- Ausführlich hierzu: *Scheidler*, GewArch 2014, 238 ff.

4. Sonderfall: Strohmann/-frau

OVG Münster, 4 B 1671/10 v. 4.7.2011 = NWVBl 2012, 25 f.: Strohmann ist nur dann unzuverlässig, wenn er dem Hintermann gerade in den Bereichen maßgeblichen Einfluss auf den Geschäftsbetrieb einräumt, in denen dieser unzuverlässig ist.

OVG Bremen, 2 B 240/12 v. 9.10.2012, S. 3 f. = NVwZ-RR 2013, 30, 31: Strohmannverhältnis begründet für sich allein keine Unzuverlässigkeit, weil es für maßgeblichen Einfluss des Hintermanns auch legitime Gründe geben kann. Strohmannverhältnis darf nur nicht zur Umgehung rechtlicher Anforderungen an den Gewerbetreibenden „genutzt“ werden. Bei juristischer Person muss sich der Hintermann praktisch als „Gesellschafter-Geschäftsführer“ gerieren, ohne es zu sein.

OVG Lüneburg, 7 ME 15/15 v. 22.5.2015, Abs. 10 ff. = NVwZ-RR 2015, 692, 693 f.: Strohmann und Hintermann können auch juristische Personen sein.