Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer

Wirtschaftsverwaltungsrecht

§ 3 Stehendes Gewerbe

Univ.-Prof. Dr. Ulrich Stelkens

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere deutsches und europäisches
Verwaltungsrecht

§ 3 Stehendes Gewerbe

Das stehende Gewerbe

- ist in Titel II der Gewerbeordnung geregelt (§§ 14 bis 54 GewO)
- ist vom Reisegewerbe abzugrenzen (hierzu § 2 C des Kurses)
- ist vom Grundsatz der Gewerbefreiheit (§ 1 GewO) geprägt: Eine bloße Anzeigepflicht (§ 14 GewO) ist die Regel, Genehmigungspflicht (mit präventiver Zuverlässigkeitskontrolle) die Ausnahme

Die Regelungen über das stehende Gewerbe bilden letztlich ein „Grundmodell“ für verschiedene Formen der Regulierung und Überwachung von Wirtschaftsunternehmen, in Form von

- Anzeigepflichten
- Genehmigungserfordernissen
- Untersagungsbefugnissen

Zur Systematik der gewerberechtliche Eingriffsbefugnisse siehe *Grundhewer*, JuS 2021, 412 ff.

§ 3 Stehendes Gewerbe

A) Anzeige nach § 14 GewO und ihre Rechtsfolgen

B) Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO bei nicht-genehmigungs-bedürftigen stehenden Gewerben

C) Genehmigungsbedürftige stehende Gewerbe (§§ 30 ff. GewO)

D) Überwachungsbedürftige stehende Gewerbe (§ 38 GewO)

E) Öffentliche Bestellung von Sachverständigen (§ 36 GewO) und Versteigerern (§ 34b Abs. 5 GewO)

A) Anzeige nach § 14 GewO und ihre Rechtsfolgen

GewO

§ 14. Anzeigepflicht, Verordnungsermächtigung. (1) Wer den selbständigen Betrieb eines stehenden Gewerbes, einer Zweigniederlassung oder einer unselbständigen Zweigstelle anfängt, muss dies der zuständigen Behörde gleichzeitig anzeigen. Das Gleiche gilt, wenn

1. der Betrieb verlegt wird,
2. der Gegenstand des Gewerbes gewechselt oder auf Waren oder Leistungen ausgedehnt wird, die bei Gewerbebetrieben der angemeldeten Art nicht geschäftsüblich sind,

2a. der Name des Gewerbetreibenden geändert wird, oder

3. der Betrieb aufgegeben wird.

Steht die Aufgabe des Betriebes eindeutig fest und ist die Abmeldung nicht innerhalb eines angemessenen Zeitraums erfolgt, kann die Behörde die Abmeldung von Amts wegen vornehmen

(2) bis (14) […].

§ 15. Empfangsbescheinigung, Betrieb ohne Zulassung. (1) Die Behörde bescheinigt innerhalb dreier Tage den Empfang der Anzeige.

(2) […].

A) Anzeige nach § 14 GewO und ihre Rechtsfolgen

- Anzeigepflicht nach § 14 GewO besteht unabhängig von der Genehmigungspflichtigkeit der Gewerbeausübung (also sowohl bei nicht-genehmigungsbedürftigen Gewerben wie bei genehmigungsbedürftigen Gewerben)
- Anzeige wird bei **genehmigungsbedürftigen Gewerben** nicht durch Genehmigungsantrag ersetzt (sondern ist erst nach/bei „Anfang“ der tatsächlichen Gewerbeausübung abzugeben)
- Recht zum „Anfang“ der Gewerbeausübung besteht auch bei **nicht-genehmigungsbedürftigen Gewerben** unabhängig von der Anzeige nach § 14 GewO, Anzeige ist nicht Rechtmäßigkeitsvoraussetzung für die Aufnahme einer gewerblichen Tätigkeit
- Zweck der Anzeigepflicht ist hauptsächlich Information der Gewerbeaufsicht über die Aufnahme einer gewerblichen Tätigkeit sowie einige statistische Zwecke (vgl. § 14 Abs. 5 bis 13 GewO)
- **Gewerbeschein** = **bloße Empfangsbestätigung** für Erhalt der Anzeige (§ 15 Abs. 1 GewO), **kein Verwaltungsakt**

A) Anzeige nach § 14 GewO und ihre Rechtsfolgen

- Einzelheiten des Anzeigeverfahrens sind in der Verordnung zur Ausgestaltung des Gewerbeanzeigeverfahrens (Gewerbeanzeigeverordnung - GewAnzV) geregelt
- https://xgewerbeordnung.de/ = einheitlicher IT-Standard für die elektronische Übermittlung von Daten (u. a.) aus der Gewerbeanzeige an die empfangsberechtigten Stellen nach § 14 Abs. 8 GewO

  Hierzu *Glückert/Helbig*, GewArch 2023, 14, 17.

A) Anzeige nach § 14 GewO und ihre Rechtsfolgen

Wie kann Erfüllung der die Gewerbeanzeigepflicht durchgesetzt werden?

A) Anzeige nach § 14 GewO und ihre Rechtsfolgen

Rechtsprobleme der Durchsetzung der Anzeigepflicht (Folie 1 von 4)

- § 14 GewO enthält keine ausdrückliche Ermächtigung für die Gewerbeaufsichtsbehörde, Gewerbetreibende zur Abgabe der Gewerbeanzeige zu verpflichten. Auch fehlt ausdrückliche Ermächtigung, die Befolgung der Anzeigepflicht durch Verwaltungsakt durchzusetzen (**keine ausdrückliche Verwaltungsaktbefugnis**)

  Zum Erfordernis der „Verwaltungsaktsbefugnis“ allgemein und ihrer praktischen Bedeutung siehe diesen Hinweis

- Bußgeldverhängung auf Grundlage des § 146 Abs. 2 Nr. 2 GewO ist u. U. aufwändig und führt auch nur zum Bußgeld, nicht aber dazu, dass der Betroffene die Gewerbeanzeige (ausgefüllt!) abgibt

- Hartnäckige „Anzeigenverweigerung“ kann zwar „Unzuverlässigkeit“ begründen (OVG Münster, 4 B 1486/17 v. 23.1.2018, Abs. 23 = GewArch 2018, 165 f.), was ggf. nach § 35 GewO zur Untersagung des Gewerbes führen kann – aber auch dieses Verfahren ist aufwändig und führt nicht dazu, dass die mit der Anzeige zu verbindenden Informationen geliefert werden

A) Anzeige nach § 14 GewO und ihre Rechtsfolgen

Rechtsprobleme der Durchsetzung der Anzeigepflicht (Folie 2 von 4)

- Möglich wäre eine sog. „**unselbständige Verfügung**“ auf Grundlage der polizei- bzw. ordnungsrechtlichen Generalklausel (wegen Verletzung der Anzeigepflicht aus § 14 GewO als konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit i. S. der Generalklausel; so *Spannaus*, NVwZ 2020, 1330, 1333). Dies führt aber dazu, dass letztlich eine vom Gewerbeaufsichtsamt verschiedene Stelle (die Polizei- oder Ordnungsbehörde) eingeschaltet werden muss, was erheblichen Aufwand generiert

- Wenn in § 14 GewO **keine Befugnis** der Gewerbeaufsicht zum Erlass eines Verwaltungsakts hineingelesen wird, der den Gewerbetreibenden zur Abgabe der ordnungsgemäß ausgefüllten Anzeige verpflichtet, gibt es somit keine praktikable Möglichkeit, die Anzeigepflicht durchzusetzen.

- Wenn dagegen in § 14 GewO eine Befugnis der Gewerbeaufsicht zum Erlass eines Verwaltungsakts hineingelesen wird, der den Gewerbetreibenden zur Abgabe der ordnungsgemäß ausgefüllten Anzeige verpflichtet, so könnte dieser (auf eine unvertretbare Handlung gerichtete) Verwaltungsakt von der Gewerbeaufsicht nach dem einschlägigen Landes-Verwaltungsvollstreckungs-gesetz mittels Zwangsgeld (ggf. Zwangshaft) vollstreckt werden

A) Anzeige nach § 14 GewO und ihre Rechtsfolgen

Rechtsprobleme der Durchsetzung der Anzeigepflicht (Folie 3 von 4)

BVerwG, I C 56-74 v. 24.6.1976, Abs. 13 = NJW 1977, 772 f.

„Die Aufforderung zur Ausfüllung eines Anzeigevordrucks **bedarf keiner ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung, sondern ergibt sich aus § 14 Abs. 1 GewO**. Die hiernach zuständigen Behörden haben nicht nur die vorgeschriebene Anzeige entgegenzunehmen und diese daraufhin zu überprüfen, ob der Vordruck vollständig und richtig ausgefüllt ist, sondern haben auch - sogar in erster Linie - darüber zu wachen, daß das Gesetz befolgt, also überhaupt eine Mitteilung des anzeigepflichtigen Vorganges gemacht wird. Ist im einzelnen Falle die Anzeigepflicht nicht schon auf Grund des Gesetzesbefehls erfüllt worden, kann die zur Entgegennahme der Anzeige zuständige Behörde durch Verwaltungsakt die Ausführung des Gesetzes verlangen. Diese Maßnahme darf unbeschadet dessen getroffen werden, daß die Unterlassung der Anzeige eine Ordnungswidrigkeit darstellt und als solche verfolgt werden kann. Beide Maßnahmen sind unterschiedlicher Art und können nebeneinander ergehen; eine Reihenfolge - etwa mit der Maßgabe, daß die eine Maßnahme erst erlassen werden darf, wenn die andere ohne Erfolg geblieben ist - ist nicht festgelegt.“

A) Anzeige nach § 14 GewO und ihre Rechtsfolgen

Rechtsprobleme der Durchsetzung der Anzeigepflicht (Folie 4 von 4)

Lösung des BVerwG entspricht Tendenz, bei der Auslegung von Ermächtigungsgrundlagen im Hinblick auf die Verwaltungsaktsbefugnis eher großzügig zu sein (siehe hierzu diesen Hinweis)

- Ebenso etwa auch BVerwG, 1 C 25.91 v. 26.1.1993, Abs. 13 = NVwZ 1993, 775; OVG Lüneburg, 7 LC 15/10 v. 16.5.2012, Abs. 20 = GewArch 2012, 361, 362; OVG Münster, A 812/09 v. 20.12.2011, Abs. 26 = GewArch 2012, 209; OVG Münster, 4 A 489/14 v. 20.3.2017, Abs. 25 f. = NVwZ-RR 2017, 870 ff. (dort auch zur Frage, wann eine anmeldepflichtige unselbständige Zweigstelle vorliegt)

- Kritisch zu dieser Rechtsprechung: *Spannaus*, NVwZ 2020, 1330 ff. (weil die Voraussetzungen des Vorliegens einer Verwaltungsaktsbefugnis nicht vorlägen)

Für Gewerbe***ab***meldung stellt sich das Problem der Durchsetzung nicht wegen Möglichkeit der Abmeldung von Amts wegen nach § 14 Abs. 1 Satz 3 GewO: Hierzu VG Gelsenkirchen, 19 M 33/25 v. 3.12.2025 = NVwZ-RR 2026, 280

B) Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO bei nicht-genehmigungsbedürftigen stehenden Gewerben

- Befugnis zur Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO ist wichtigstes Instrument zur Überwachung nicht-genehmigungsbedürftiger stehender Gewerbe und „notwendiges Korrelat zur Gewerbefreiheit“ (so die Würdigung des § 35 GewO durch BT-Drs. 7/111, S. 4)

- Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO ist zugleich ein (gewichtiger) Eingriff in **subjektive Berufswahlfreiheit** (Art. 12 Abs. 1 GG) und daher nur zum Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter zulässig

- Die § 35 Abs. 1 bis 7 GewO gelten (i.d.R.) nicht für genehmigungspflichtige Gewerbe (vgl. § 35 Abs. 8 GewO) – auch nicht ergänzend neben Widerruf der Gewerbeerlaubnis (OVG Münster, 4 B 601/16 v. 30.9.2016 = NVwZ-RR 2017, 233 f. – hierzu § 3 C V des Kurses)

- Eintragung vollziehbarer und bestandskräftiger „Unzuverlässigkeits-entscheidungen“ ins **Gewerbezentralregister** (§ 149 Abs. 2 GewO) sichert deren bundesweite Beachtung

- Fallbearbeitungen zur Gewerbeuntersagung: *Korte/Dittrich*, GewArch 2015, 165 ff.; siehe auch Friseurgeschäfte-Fall

§ 35 Abs. 1 bis 7 GewO gilt – entgegen seiner systematischen Stellung – gerade **nicht** für genehmigungspflichtige Gewerbe (vgl. § 35 Abs. 8 GewO); heutiger systematischer Standort im Abschnitt II B des Titels II der Gewerbeordnung ist nur historisch erklärbar (Folie 1 von 2):

§ 35 GewO i.d.F. von 1869

Die Ertheilung von Tanz-, Turn- und Schwimmunterricht als Gewerbe darf denjenigen untersagt werden, welche wegen Vergehen oder Verbrechen gegen die Sittlichkeit bestraft sind.

Der Handel mit gebrauchten Kleidern, gebrauchten Betten oder gebrauchter Wäsche, der Kleinhandel mit altem Metallgeräth oder Metallbruch (Trödel), oder mit Garnabfällen oder Dräumen von Seide, Wolle, Baumwolle oder Leinen, ferner das Geschäft eines Pfandleihers kann demjenigen untersagt werden, welcher wegen aus Gewinnsucht begangener Vergehen oder Verbrechen gegen das Eigenthum bestraft worden ist.

Das Geschäft eines Gesindevermiethers kann demjenigen untersagt werden, welcher wegen aus Gewinnsucht begangener Vergehen oder Verbrechen gegen das Eigenthum oder wegen Vergehen oder Verbrechen gegen die Sittlichkeit bestraft worden ist.

Personen, welche die in diesem Paragraphen bezeichneten Gewerbe beginnen, haben bei Eröffnung ihres Gewerbebetriebes der zuständigen Behörde hiervon Anzeige zu machen.

B) Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO bei nicht-genehmigungsbedürftigen stehenden Gewerben

§ 35 Abs. 1 bis 7 GewO gilt – entgegen seiner systematischen Stellung – gerade **nicht** für genehmigungspflichtige Gewerbe (vgl. § 35 Abs. 8 GewO); heutiger systematischer Standort im Abschnitt II B des Titels II der Gewerbeordnung nur historisch erklärbar (Folie 2 von 2)

- § 35 GewO i.d.F. von 1869 war eine Regelung, die zwar keine Genehmigungspflicht vorsah, jedoch eine besondere Überwachungs-möglichkeit für bestimmte Gewerbe in Fällen ermöglichte, in denen man heute Unzuverlässigkeit annehmen würde.

- Allgemeine Überwachungsmöglichkeit für alle Gewerbe wurde durch Änderung des § 35 GewO durch Art. 1 Nr. 17 des Vierte Bundesgesetzes zur Änderung der Gewerbeordnung vom 5. 2. 1960 (BGBl. I, 61) geschaffen (Gesetzesbegründung: BT-Drs. III/318, S. 13 ff.)

B) Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO bei nicht-genehmigungsbedürftigen stehenden Gewerben

Aus der Gesetzesbegründung des § 35 GewO i.d.F. des Art. 1 Nr. 17 des Vierte Bundesgesetzes zur Änderung der Gewerbeordnung vom 5. 2. 1960 (BGBl. I, 61): BT-Drs. III/318, S. 13

„Mit diesem Vorschlag soll dem Gedanken Rechnung getragen werden, daß entsprechend der wirtschaftspolitischen Linie der Bundesregierung der Beginn einer gewerblichen Tätigkeit von beschränkenden Vorschriften möglichst frei sein soll, daß aber andererseits der Staat dann einzugreifen befugt sein muß, wenn ein Gewerbetreibender das ihm gewährte Recht der freien gewerblichen Betätigung mißbraucht. Der neue, für jedes Gewerbe geltende § 35 wird eine Handhabe bieten, entsprechend den Wünschen vieler Gewerbezweige eine Ausschaltung schädlicher und unlauterer Personen vorzunehmen, ohne daß hierzu jeweils ein Sondergesetz notwendig ist. Die Frage des Schutzes der Berufsbezeichnungen wird hierdurch nicht berührt. Mit der Neufassung des § 35 verbindet sich der weitere gesetzesökonomische Vorteil, daß eine Reihe von Gesetzen und Verordnungen aufgehoben werden kann (vgl. Artikel II des Entwurfs)“

B) Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO bei nicht-genehmigungsbedürftigen stehenden Gewerben

→ **Zuständigkeit** (§ 35 Abs. 1 S. 1 und 2 GewO : Behörde, in deren Bezirk gewerbliche Niederlassung ihren Sitz hat und bei Fehlen einer gewerblichen Niederlassung, wo das Gewerbe ausgeübt wird

Hierzu OVG Bautzen, 6 A 559/19 v. 10.11.2022, Abs. 26 ff. = GewArch 2023, 110 Abs. 26 ff.; VGH München, 22 ZB 12.2174 v. 5.3.2014, Abs. 12 ff. = GewArch. 2014, 444 ff. (für Zuständigkeitswechsel im laufenden Verfahren).

→ **Tatbestandsmerkmale** des § 35 Abs. 1 S. 1 GewO:

- Tatsächliche Ausübung eines Gewerbes
- Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in Bezug auf dieses Gewerbe
- Erforderlichkeit der Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten

→ **Rechtsfolge** des § 35 Abs. 1 S. 1 GewO:

- bundesweit wirkende Untersagung des ausgeübten Gewerbes; „an sich“ gebundene Entscheidung, kein Ermessensspielraum
- diverse „ergänzende“ Maßnahmen gegenüber dem Gewerbetreibenden und Dritten nach § 35 Abs. 1 bis 7a GewO

B) Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO bei nicht-genehmigungsbedürftigen stehenden Gewerben

I. Tatbestandsmerkmale des § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO

II. Rechtsfolgen der Gewerbeuntersagung

III. Durchsetzung der Gewerbeuntersagung

IV. Wiedergestattung der Gewerbeausübung (§ 35 Abs. 6 GewO)

V. Exkurs: „Dunkelnorm“ des § 51 GewO

I. Tatbestandsmerkmale des § 35 Abs. 1 S. 1 GewO

§ 35 Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit. (1) Die Ausübung eines Gewerbes ist von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. […].

(2) bis (9) […]

1. **Tatsächliche Ausübung eines Gewerbes**
2. **Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in Bezug auf dieses Gewerbe**
3. **Erforderlichkeit der Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten**

1. Tatsächliche Ausübung eines Gewerbes

- Derjenige, der in Anspruch genommen wird, muss das untersagte Gewerbe tatsächlich ausüben
- Anzeige nach § 14 Abs. 1 GewO ist nur Indiz, kein Ersatz für tatsächliche Aufnahme des Gewerbebetriebs (BVerwG, 6 C 10/03 v. 14.7.2003, Abs. 24 = NVwZ 2004, 103 ff.)
- **Ausnahme**: Untersagungsverfahren kann auch nach Aufgabe des Gewerbebetriebes während des Verfahrens fortgesetzt werden, wenn der Gewerbetreibende das Gewerbe bei Einleitung des Untersagungsverfahrens ausgeübt hatte (§ 35 Abs. 1 S. 3 GewO)
- Sinn des § 35 Abs. 1 S. 3 GewO: Gewerbetreibender soll sich nicht der Gewerbeuntersagung dadurch faktisch entziehen können, dass er Gewerbe (zeitweilig) aufgibt, die Gewerbeaufsicht deshalb das Untersagungsverfahren einstellen muss, nur damit dann das Gewerbe wieder aufgenommen wird.

2. Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in Bezug auf dieses Gewerbe

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."

Siehe näher zum Zuverlässigkeitsbegriff (auch zur Frage, auf welche Person es für die Unzuverlässigkeitsprüfung ankommt) § 2 D des Kurses

3. Erforderlichkeit der Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten

§ 35 GewO
Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit

(1) Die Ausübung eines Gewerbes **ist** von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in bezug auf dieses Gewerbe dartun, **sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist**. […].

(2) bis (9) […]

„Erforderlichkeitsmerkmal“ gilt allgemein als

- „echte Tatbestandvoraussetzung“ der Gewerbeuntersagung
- Bezugnahme auf den rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (s. hierzu diesen Hinweis zum Verhältnismäßigkeitsprinzip)

3. Erforderlichkeit der Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten

Inhalt des „Erforderlichkeitsmerkmals“:

Eine **Gewerbeuntersagung ist** i. S. des § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO „**zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich“**, wenn sie

- zum Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten **geeignet** ist
- zum Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten **erforderlich** ist, also kein milderes Mittel als eine vollständige Gewerbeuntersagung vorhanden ist, das den Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten in gleichem Umfang gewährleistet
- die Belastung des Gewerbetreibenden nicht außer Verhältnis zu dem „Schutzerfolg“ der Untersagung im Hinblick auf den Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten steht, sie also **angemessen/verhältnismäßig i.e.S.** ist.

In Praxis: Verhältnismäßigkeitsprüfung wird bereits bei den Fallgruppen der „Unzuverlässigkeit“ berücksichtigt. Nur solche Gründe führen zur Bejahung der Unzuverlässigkeit, die eine Gewerbeuntersagung als erforderlich erscheinen lassen. Dennoch sollten beide Tatbestandsmerkmale besser getrennt behandelt werden.

3. Erforderlichkeit der Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten

„Erforderlichkeitsmerkmal“ impliziert, dass § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO die Gewerbeaufsicht nicht nur zu einer vollständigen Gewerbeuntersagung, sondern – bei Fehlen der Erforderlichkeit einer vollständigen Gewerbeuntersagung – implizit auch zur Anordnung milderer Mittel ermächtigt.

Beispiele für nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO mögliche **Teilgewerbeuntersagung:**

- Untersagung der Beschäftigung eines unzuverlässigen Geschäftsführers einer GmbH oder des Vorstands einer AG als milderes Mittel gegenüber der vollständigen Untersagung des Betriebs einer GmbH/AG
- Untersagung der gewerbliche Unterrichtung und Beaufsichtigung von Kindern und Jugendlichen unter 18 Jahren durch den (wegen Besitz kinderpornographischer Schriften verurteilten) Gewerbetreibenden als milderes Mittel gegenüber vollständiger Untersagung des Betriebs eines „Nachhilfeinstituts“ (vgl. VGH München, 22 ZB 16.1784 v. 24.11.2016 = GewArch 2017, 162 ff.)

3. Erforderlichkeit der Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten

Besonderheiten des „Erforderlichkeitsmerkmals“ bei § 35 Abs. 1 S. 1 GewO:

- Ausgestaltung als **Tatbestandsmerkmal** einer gebundenen belastenden Entscheidung im Bereich der Gefahrenabwehr (während normalerweise Gefahrenabwehrermächtigungen als Ermessensentscheidung ausgestaltet sind und das Verhältnismäßigkeitsprinzip insoweit „nur“ als „gesetzliche Grenze“ des Ermessens i. S. des § 40 Alt. 2 VwVfG, § 114 Satz 1 VwGO zu prüfen ist)

  Zum Verhältnismäßigkeitsprinzip als gesetzliche Grenze des Ermessens: BVerfG (K), 2 BvR 1487/17 v. 24.7.2017, Abs. 41 = NVwZ 2017, 1526 Abs. 41; BVerwG, 1 VR 3/17 v. 13.7.2017, Abs. 11 = NVwZ 2017, 1531 Abs. 11

- Anders als bei Ermessensentscheidungen kommt es damit bei der gerichtlichen Kontrolle einer auf § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO gestützten Gewerbeuntersagung nicht darauf an, ob bereits die Behörde alle Abwägungsgesichtspunkte gesehen und richtig gewichtet hat. Es ist allein maßgeblich, ob die Gewerbeuntersagung **objektiv verhältnismäßig** ist. Dies kann auch auf Grund von Umständen der Fall sein, die erst im Gerichtsverfahren bekannt wurden und von denen die Behörde nichts wusste (was bei einer Ermessensentscheidung zu ihrer Rechtswidrigkeit wegen eines Ermessensausfalls geführt hätte)

3. Erforderlichkeit der Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten

VGH München, 22 ZB 24.2020 v. 21.11.2025, Abs. 18 = GewArch 2026, 84 Abs. 18:

„ Schließlich ist der Wegfall von Arbeitsplätzen eine regelmäßige Folge des Ausspruchs einer Gewerbeuntersagung gegenüber einer GmbH, die Arbeitnehmer beschäftigt. Er führt für sich betrachtet bei Vorliegen der Voraussetzungen der Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO nicht zu deren Unverhältnismäßigkeit (vgl. zur Verhältnismäßigkeit der Gewerbeuntersagung BVerwG, B.v. 19.1.1994 – 1 B 5.94 – juris Rn. 8). Anderes hat die Klägerin im Zulassungsvorbringen auch nicht dargelegt. Auch sind die Belange Drittbetroffener wie der Beschäftigten für die im bipolaren Verhältnis zwischen Gewerbetreibender und Gewerbebehörde ergehende Gewerbeuntersagung und die dafür ausschlaggebenden Belange nachrangig (BayVGH, U.v. 14.8.2014 – 22 B 14.880 – juris Rn. 24).“

Exkurs: Ausweisungsmodell des § 53 Abs. 1 und 2 AufenthG als mit § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO vergleichbare Konstruktion

Aufenthaltsgesetz (AufenthG)

§ 53 Ausweisung. (1) Ein Ausländer, dessen Aufenthalt die öffentliche Sicherheit und Ordnung, die freiheitliche demokratische Grundordnung oder sonstige erhebliche Interessen der Bundesrepublik Deutschland gefährdet, **wird ausgewiesen**, *wenn die unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles vorzunehmende Abwägung der Interessen an der Ausreise mit den Interessen an einem weiteren Verbleib des Ausländers im Bundesgebiet ergibt, dass das öffentliche Interesse an der Ausreise überwiegt*.

(2) Bei der Abwägung nach Absatz 1 sind nach den Umständen des Einzelfalles insbesondere die Dauer seines Aufenthalts, seine persönlichen, wirtschaftlichen und sonstigen Bindungen im Bundesgebiet und im Herkunftsstaat oder in einem anderen zur Aufnahme bereiten Staat, die Folgen der Ausweisung für Familienangehörige und Lebenspartner sowie die Tatsache, ob sich der Ausländer rechtstreu verhalten hat, zu berücksichtigen.

(3) und (4) […].

§ 54 Ausweisungsinteresse [Beispiele für schwerwiegende Ausweisungsinteressen]

§ 55 Bleibeinteresse [Beispiele für schwerwiegende Bleibeinteressen]

Exkurs: Ausweisungsmodell des § 53 Abs. 1 und 2 AufenthG als mit § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO vergleichbare Konstruktion

Aus der Regierungsbegründung zu § 53 AufenthG (BT-Drs. 18/4097, S. 49 f.)

„Anders als bei einer Ermessensentscheidung kann es keine gerichtliche Verpflichtung der ausweisenden Behörde zur Neubescheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts geben, sondern die gerichtliche Entscheidung ersetzt oder bestätigt das behördliche Ergebnis. Auch dadurch soll eine Beschleunigung des Verfahrens und schnellere Rechtssicherheit erreicht werden."

- § 53 Abs. 1 und 2 AufenthG gelten als bewusste Entscheidung des Gesetzgebers gegen eine „Letztentscheidungskompetenz" der Behörde: Gericht soll seine Abwägung – auch aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung – vollumfänglich an die Stelle der Abwägung der Behörde setzen können (vgl. *Brühl*, JuS 2016, 23, 24)
- „Abwägungsfehler" der Behörde (z.B. auch zweckwidrige Entscheidungen") sind damit für die Rechtmäßigkeit der Ausweisung unerheblich, wenn die Ausweisung im Ergebnis (nach Auffassung des Gerichts) von § 53 Abs. 1 AufenthG gedeckt ist

  BVerwG, 1 C 3/16 v. 22.2.2017, Abs. 19 ff. = BVerwGE 157, 325 Abs. 19 ff.; BVerwG, 1 C 16/17 v. 12.7.2018, Abs. 26 = BVerwGE 162, 382 Abs. 26

II. Rechtsfolgen der Gewerbeuntersagung

1. **Regelrechtsfolgen des § 35 Abs. 1 S. 1 GewO**
2. **Besonderheiten der Gewerbeuntersagung gegenüber einer juristischen Person**
3. **Einschränkung der Wirkungen der Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 2 GewO**
4. **Ausweitung der Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 S. 2 GewO**
5. **Ausweitung der Gewerbeuntersagung auf andere Personen (§ 35 Abs. 7a S. 1 GewO)**

1. Regelrechtsfolgen des § 35 Abs. 1 S. 1 GewO

Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 S. 1 GewO ist **gebundene Entscheidung**:

- Wenn die Tatbestandsvoraussetzungen des § 35 Abs. 1 S. 1 GewO vorliegen, hat die Gewerbeuntersagung zwingend zu erfolgen.
- Es besteht weder ein Entschließungs- noch ein Auswahlermessen der Gewerbeaufsicht.

Grundsätzliche Wirkungen der Untersagung:

- unbegrenzt (für das gesamte Bundesgebiet)
- unbefristet (bis zur Aufhebung begrenzt auf das untersagte Gewerbe)

1. Regelrechtsfolgen des § 35 Abs. 1 S. 1 GewO

Tatbestandsmerkmal „zur Erreichung des Schutzes der Allgemeinheit erforderlich“ ermöglicht jedoch mildere Mittel als eine „vollständige“ Gewerbeuntersagung (näher § 3 B I 3 des Kurses),

- Abmahnung (wenn dies als ausreichend erscheint)
- **teilweise Gewerbeuntersagung** (Untersagung bestimmter Formen der Gewerbeausübung)

§ 35 Abs. 1 Satz 1 GewO ermächtigt jedoch nur zu einer „Teiluntersagung“ als milderes Mittel gegenüber der vollständigen Gewerbeuntersagung

- § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO bietet keine Grundlage für die Auferlegung von (durchsetzbaren) Handlungspflichten
- Es obliegt allein dem Gewerbetreibenden, ob er seinen Betrieb (wenn möglich) umstrukturiert, um Zuverlässigkeitsbedenken auszuräumen. Hierzu kann ihn die Gewerbeaufsicht auf Grundlage des § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO nicht unmittelbar verpflichten

2. Besonderheiten einer Gewerbeuntersagung gegenüber einer juristischen Person

- Ist eine juristische Person (z. B. AG, GmbH) Gewerbetreibende, ist sie Adressat der Gewerbeuntersagung
- Unzuverlässigkeit der juristischen Person kann sich nur aus Verhalten ihres organschaftlichen Vertreters (§ 78 Abs. 1 AktG, § 35 Abs. 1 GmbHG) ergeben – dessen Unzuverlässigkeit wird der juristischen Person unmittelbar als **eigene Unzuverlässigkeit** zugerechnet (siehe § 2 D III 2 des Kurses)

2. Besonderheiten einer Gewerbeuntersagung gegenüber einer juristischen Person

- Wenn Unzuverlässigkeit ausschließlich in Person des Vertreters liegt, kann es unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten geboten sein anzuordnen, den unzuverlässigen Vertreter von der Vertretungsbefugnis auszuschließen (z. B. als Geschäftsführer nach § 38 GmbHG abzuberufen) - § 3 B I 3 des Kurses
- Das hat aber auch Grenzen: Gewerbeuntersagung gegen GmbH ist notwendig, wenn unklar ist, ob unzuverlässiger Geschäftsführer weiter als faktischer Geschäftsführer tätig sein wird (VGH München, 22 ZB 24.2020 v. 21.11.2025, Abs. 17 = GewArch 2026, 84 Abs. 17).
- Dem Anliegen, Gewerbebetrieb der Gesellschaft mit neuen, von Gesellschaft vorzuschlagenden Vertreter fortzuführen, kann auch mittels § 35 Abs. 2 GewO Rechnung getragen werden (§ 3 B II 3 des Kurses)

  Siehe hierzu: VGH München, 22 ZB 18.807 v. 7.6.2018 = NVwZ-RR 2019, 182 ff.; *Geschwandtner*, NJW 2006, 1571 ff.; *Scheidler*, GewArch 2005, 445 ff.

3. Einschränkung der Wirkungen der Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 2 GewO

§ 35 Abs. 2 GewO

Dem Gewerbetreibenden kann auf seinen Antrag von der zuständigen Behörde gestattet werden, den Gewerbebetrieb durch einen Stellvertreter (§ 45) fortzuführen, der die Gewähr für eine ordnungsgemäße Führung des Gewerbebetriebes bietet.

Stellvertreter i. S. des § 45 GewO ist nicht „Stellvertreter“ i. S. der §§ 164 ff. BGB, sondern eine Person, die im Innenverhältnis zum Gewerbetreibenden befugt ist, den Gewerbebetrieb im Namen und auf eigene Rechnung des Inhabers, im Übrigen aber unter eigener Verantwortung selbstständig zu führen

Ziel des § 35 Abs. 2 GewO: Möglichkeit, den Betrieb von einem vom (unzuverlässigen) Gewerbetreibenden individuell bestimmten (zuverlässigen) Stellvertreter weiter betreiben zu lassen (bei Wechsel des Stellvertreters erneute Erlaubnis notwendig)

3. Einschränkung der Wirkungen der Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 2 GewO

§ 35 Abs. 2 GewO ist eine spezialgesetzliche Ausgestaltung des aus dem Polizeirecht bekannten Rechtsinstituts des „**Angebots des anderen Mittels**“

Zu diesem polizeirechtlichen Rechtsinstitut: *Grupp*, VerwArch 69 (1978), 127 ff.; Baumfällig-Fall)

Baumfällig

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

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

Am ersten schönen Sonnentag nach vierwöchigem Dauerregen ereignete sich in der Homburger Straße in der Nähe des Saarheimer Sees ein Verkehrsunfall: Alfons Aralia, der mit seinem beladenen Abschleppwagen von Homburg kommend mit angemessener Geschwindigkeit zu seiner Kfz-Werkstatt unterwegs war, lenkte plötzlich scharf nach rechts, fuhr über den Bürgersteig in den Vorgarten des Anwesens Homburger Straße 2, des sog. "Quierbrücker Hexenhauses", und dort trotz Vollbremsung gegen eine große Kastanie. Der Abschleppwagen erlitt einen Totalschaden, *Aralia* blieb jedoch weitgehend unverletzt. Auch der Baum schien im Wesentlichen unbeschädigt, wie die Eigentümerin des Grundstücks - Odessa Hubbard-Siontologis - beruhigt feststellte. Spätere Ermittlungen der Polizei ergaben, dass *Aralia* nach rechts gesteuert hatte, um der 5-jährigen *Florina Deborah Kunz* auszuweichen, die "plötzlich auf der Straße gestanden habe". *Florina Deborah* war mit ihrer Mutter *Heide Kunz* auf dem Heimweg von einem Spaziergang zum Saarheimer See gewesen, hatte sich unvermutet und unvorhersehbar von der Hand ihrer Mutter losgerissen und war über die Straße gerannt, weil sie auf der anderen Straßenseite ein Eichhörnchen gesehen hatte.

Nachdem der Regen wieder eingesetzt hatte, zeigte sich wenige Tage später, dass der Baum die Kollision doch nicht unversehrt überstanden hatte. Weil das Erdreich durch den Dauerregen vollkommen aufgeweicht war, hatte der Stoß bewirkt, dass der Baum im Erdreich verschoben wurde und zahlreiche Wurzeln abgerissen wurden. Da der Baum nicht gleichmäßig gewachsen war, sondern sein "Schwerpunkt" in Richtung Homburger Straße lag, neigte er sich zunächst unmerklich, dann immer deutlicher zu dieser Straße hin, bis erkennbar wurde, dass - jedenfalls wenn der Regen weiter andauern würde - es nur eine Frage der Zeit sei, wann der Baum endgültig auf die Straße fallen würde. Nachdem das Ordnungsamt der Stadt Saarheim auf diesen Umstand aufmerksam gemacht worden war, veranlasste es einen Ortstermin mit Frau *Hubbard-Siontologis*. Diese wurde darauf hingewiesen, dass sie als Eigentümerin des Grundstücks verpflichtet sei, den Baum zu fällen, um zu verhindern, dass er früher oder später auf die Straße falle. Frau *Hubbard-Siontologis* zeigte sich jedoch uneinsichtig: Sie sei keine "Baummörderin" und sehe auch nicht ein, einen "Baummörder" bezahlen zu müssen. Im Übrigen könne sie sich an einem solchen "Mord" nicht beteiligen, da sie mit ihrer gesamten Umgebung "mystisch verbunden" sei, so dass dies auch nicht von ihr verlangt werden könne. Trotz dieser Einwände wurde Frau *Hubbard-Siontologis* am nächsten Tag ein mit einer ordnungsgemäßen Rechtsbehelfsbelehrung versehener Bescheid förmlich zugestellt, den der Oberbürgermeister der Stadt Saarheim als Ortspolizeibehörde erlassen hat, und durch den

3. Einschränkung der Wirkungen der Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 2 GewO

Voraussetzung einer Stellvertretererlaubnis nach § 35 Abs. 2 GewO

- Erlass einer auf Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO
- Antrag des Gewerbetreibenden (keine Stellvertretererlaubnis von Amts wegen: Es obliegt allein der Entscheidung des Gewerbetreibenden, ob er seinen Betrieb aufgibt oder ob er ihn durch einen Stellvertreter fortführen lassen will)
- Stellvertreter muss Gewähr für ordnungsgemäße Führung des Gewerbebetriebes bieten (Stellvertreter muss in eigener Person zuverlässig **und** vom Gewerbetreibenden unabhängig sein)
- Kein Ausschluss der ordnungsgemäßen Betriebsführung durch von der Person des Gewerbetreibenden unabhängige objektive Kriterien (völlige Überschuldung des Gewerbetriebs, fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit)

3. Einschränkung der Wirkungen der Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 2 GewO

Beispiel für sinnvolle Stellvertretererlaubnis:

Die 94-jährige O. betreibt einen Zeitungskiosk, der an sich gut geht. O. ist aber zunehmend körperlich und geistig nicht mehr in der Lage, den Kiosk ordnungsgemäß zu führen. Insbesondere die Buchhaltung überfordert sie. Daher werden zunehmend Steuern zu spät entrichtet. Die Gewerbeaufsicht muss ihr deshalb die Weiterführung des Kiosk untersagen. O. beantragt jedoch nach § 35 Abs. 2 GewO, dass der Kiosk in ihrem Namen und auf ihre Rechnung von ihrem zuverlässigen Enkel E. weiter geführt wird, der die Gewähr dafür bietet, dass die Buchhaltung in Zukunft wieder ordnungsgemäß geführt wird. O. will sich nicht mehr in die Betriebsführung einmischen.

Die Gewerbeaufsicht wird die Stellvertretererlaubnis erteilen.

Frage: Warum konnte dies nicht bereits im Rahmen des „Erforderlichkeitsmerkmals“ nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO berücksichtigt werden?

Antwort: Weil es allein der Entscheidung der O. überlassen bleiben muss, ob sie den Betrieb durch einen Stellvertreter fortführt (oder ihn veräußert oder einstellt)

4. Ausweitung der Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 S. 2 GewO

§ 35 Abs. 1 Satz 2 GewO

Die Untersagung *kann* auch auf die *Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden* oder als mit der *Leitung eines Gewerbebetriebes beauftragte Person* sowie *auf einzelne andere* oder *auf alle Gewerbe* erstreckt werden, soweit die festgestellten Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß der Gewerbetreibende auch für diese Tätigkeiten oder Gewerbe unzuverlässig ist.

Erstreckung der Untersagung möglich auf

- unselbständige Tätigkeiten als Vertretungsberechtigter/Betriebsleiter: Es soll verhindert werden, dass der unzuverlässige Gewerbetreibende z. B. eine GmbH gründet und als deren Alleingesellschafter sich selbst zum Geschäftsführer bestellt (§ 35 Abs. 1 Satz 2 **Alt. 1** GewO)
- selbständige gewerbliche Tätigkeit in anderen Gewerben ((§ 35 Abs. 1 Satz 2 **Alt. 2** GewO - nächste Folie)

4. Ausweitung der Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 S. 2 GewO

Ausweitung der Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GewO auf andere Gewerbe

- Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden muss auch für die anderen Tätigkeiten bestehen: OVG Lüneburg, 7 LB 81/14 v. 4.2.2016 = NVwZ-RR 2016, 415, 416
- Bei diesen Tätigkeiten muss es sich um Gewerbe (nicht etwa um einen freien Beruf) handeln: VGH München, 22 B 17.2245 v. 2.5.2018, Abs. 59 ff.
- Notwendig ist: Hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass Gewerbetreibender auf andere Gewerbezweige ausweicht (nur geringe Anforderungen): OVG Lüneburg, 7 LB 81/14 v. 4.2.2016 = NVwZ-RR 2016, 415 f.; VGH München, 22 BV 13.260 v. 27.1.2014, Abs. 17 = BayVBl 2014, 338, 339
- Ausweitung der Untersagung auf einzelne andere Gewerbe oder auf alle Gewerbe bei gänzlich unzuverlässiger Person: VG Trier, 5 K 11/10.TR v. 14.4.2010, Abs. 38 = GewArch 2010, 453, 455 f. (abgelehnt bei überschuldeter Person)
- Ermessensregelung („kann ausgeweitet werden“): VGH München, 22 BV 13.260 v. 27.1.2014, Abs. 18 = BayVBl 2014, 338, 339

5. Ausweitung der Gewerbeuntersagung auf andere Personen (§ 35 Abs. 7a S. 1 GewO)

§ 35 Abs. 7a Satz 1 GewO

Die Untersagung kann auch gegen Vertretungsberechtigte oder mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragte Personen ausgesprochen werden. Das Untersagungsverfahren gegen diese Personen kann unabhängig von dem Verlauf des Untersagungsverfahrens gegen den Gewerbetreibenden fortgesetzt werden. Die Absätze 1 und 3 bis 7 sind entsprechend anzuwenden.

Ziel ist die Untersagung einer künftigen selbstständigen Gewerbetätigkeit des Stellvertreters i.S.d. § 45 GewO, sonstigen Vertretungsberechtigten (Vorstand/Geschäftsführer) oder Betriebsleiters des Gewerbetreibenden im Bereich der bisherigen unselbständigen Tätigkeit dieser Person

BVerwG, 1 C 3.93 v. 19.12.1995 = BVerwGE 100, 187, 191; OVG Bautzen, 6 A 559/19 v. 10.11.2022, Abs. 36 ff. = GewArch 2023, 110 Abs. 36 ff.; OVG Münster, 4 A 2232/15 v. 28.8.2017 = NVwZ-RR 2017, 107 f.; VGH München, 22 ZB 12.2174 v. 5.3.2014, Abs. 23 ff.; VGH München, 22 ZB 20.1576 v. 3.3.2021, Abs. 14 = GewArch 2021, 201 Abs. 14.

Beispiel: Mit § 35 Abs. 7a Satz 1 GewO lässt sich verhindern, dass der Geschäftsführer einer GmbH, auf Grund dessen Unzuverlässigkeit der GmbH das Gewerbe untersagt werden musste, sich nun (als unzuverlässiger Gewerbetreibender) selbständig macht.

5. Ausweitung der Gewerbeuntersagung auf andere Personen (§ 35 Abs. 7a S. 1 GewO)

Verhältnis der Untersagung nach § 35 Abs. 7a GewO zu § 35 Abs.1 S. 1 GewO:

- (Nur) eingeschränkte Akzessorietät der Untersagung gegenüber dem in leitender Stellung abhängig Beschäftigten vom Untersagungsverfahren gegenüber Gewerbetreibenden (näher: BVerwG, 1 C 3.93 v. 19.12.1995 = BVerwGE, 100, 187, 191 ff.)
- Keine Schutzwirkung des § 12 GewO zu Gunsten des Vertretungsberechtigten: VGH Kassel, 8 A 1660/11 v. 1.11.2011 = NVwZ-RR 2012, 269 ff.

III. Durchsetzung der Gewerbeuntersagung

Musterbescheid aus Forum Gewerberecht

Postzustellungsurkunde:

1. XXX Ltd.
   Straße
   9xxxx Ort

2. Vorname NAME
   Straße
   9xxxx Ort

Vollzug der Gewerbeordnung;
Untersagung eines stehenden Gewerbes nach § 35 Abs. 1 GewO

Gewerbetreibender: XXX Ltd., vertreten durch den Geschäftsführer Vorname NAME, und Vorname NAME, geboren xx.xxxx

B e s c h e i d :

I. Der Firma *„XXX Ltd., vertreten durch den Geschäftsführer Vorname NAME"*, wird die Ausübung der selbständigen Tätigkeit *„xxx"* zeitlich unbefristet auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland untersagt.

II. Herrn Vorname NAME wird die Geschäftsführung der XXX Ltd. untersagt. Ihm wird auch jedes weitere, i.S.d. Gewerbeordnung selbständige Gewerbe zeitlich unbefristet auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland untersagt. Die Untersagung erstreckt sich auch auf Tätigkeiten als Vertretungsberechtigter eines anderen Gewerbetreibenden oder mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person.

III. Die Schließung des Betriebes in 9xxxx, durch Anwendung unmittelbaren Zwangs (z.B. Versiegelung der Geschäftsräume) wird für den Fall angedroht, dass das Gewerbe trotz der Untersagung weiter ausgeübt wird. Tätigkeiten zur Abwicklung des Gewerbes sind bis längstens 2 Wochen nach Bekanntgabe dieses Bescheids zulässig.

IV. Die Ziffern I bis III dieses Bescheids werden für sofort vollziehbar erklärt.

V. Der Gewerbetreibende hat die Kosten des Verfahrens zu tragen. Es werden Gebühren i.H.v. 200,00 EUR und Auslagen i.H.v. 3,30 EUR festgesetzt.

§3.B.III.

III. Durchsetzung der Gewerbeuntersagung

Wichtig: Anordnung der sofortigen Vollziehung (Ziff. IV des Muster-bescheides)

- I.d.R. Anordnung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO geboten und erforderlich

- Begründung nach § 80 Abs. 3 VwGO nicht vergessen: Wird als Wirksamkeitsvoraussetzung der Anordnung gesehen (wobei bekanntlich umstritten ist, ob eine fehlende/mangelhafte Begründung mit heilender Wirkung nachgeholt werden kann.

- ausführlich zur Anordnung der sofortigen Vollziehung bei Gewerbeuntersagungen: *Dietz*, GewArch 2014, 225 ff.; ferner *Scheidler*, GewArch 2015, 102, 107

- Für ein Fallbeispiel z. B. OVG Münster, 4 B 886/23 v. 31.10.2024, Abs. 7 ff. = NVwZ-RR 2025, 419 Abs. 4 f.

III. Durchsetzung der Gewerbeuntersagung

Vollstreckung der Gewerbeuntersagung (Folie 1 von 3)

- Erfolgt nach Landes-Verwaltungsvollstreckungsrecht nach den Vorschriften über die Vollstreckung unvertretbarer Handlungen
- Setzt auch **Androhung des Zwangsmittels** voraus, die auch bereits in Zusammenhang mit der Gewerbeuntersagung verfügt werden kann (Ziff. III des Musterbescheides)
- Nach Landes-Verwaltungsvollstreckungsrecht muss Androhung nach Landes-Verwaltungszustellungsrecht zugestellt werden. Wenn die Androhung mit der Gewerbeuntersagung verbunden wird, muss deshalb der gesamte Bescheid zugestellt werden, damit seine Bekanntgabe wirksam erfolgen kann.
- Daher: „**Zustellungsverfügung**“ bei Bescheidgestaltung nicht vergessen ! (siehe Musterbescheid)

III. Durchsetzung der Gewerbeuntersagung

Vollstreckung der Gewerbeuntersagung (Folie 2 von 3)

- **Zuständig für die Vollstreckung der Gewerbeuntersagung ist** nach Landes-Verwaltungsvollstreckungsrecht die Behörde, die die Gewerbeuntersagung erlassen hat
- **Zuständig für die Vollstreckung der Gewerbeuntersagung** sind nach § 35 Abs. 7 S. 3 GewO auch die Behörden, in deren Bezirk das (untersagte) Gewerbe ausgeübt wird oder ausgeübt werden soll
- § 35 Abs. 7 S. 3 GewO trägt dem Umstand Rechnung, dass die Gewerbeuntersagung bundesweit wirkt und z. B. eine saarländische Gewerbeaufsichtsbehörde wenig Interesse daran haben wird, einen Verstoß gegen ihre Gewerbeuntersagungsverfügung in Sachsen zu unterbinden

III. Durchsetzung der Gewerbeuntersagung

Vollstreckung der Gewerbeuntersagung (Folie 3 von 3)

Zwangsmittel sind v. a.

- **unmittelbarer Zwang** (vgl. Ziff. III des Musterbescheides) in Form der Schließung von Geschäftsräumen / Wegnahme von Arbeitsmitteln)
- **Zwangsgeld** und (im Fall uneinbringlichen Zwangsgelds)
- **Ersatzzwangshaft**
  - im Fall uneinbringlichen Zwangsgelds: vgl. OVG Weimar, 3 VO 515/13 v. 7.5.2015 = NVwZ-RR 2016, 5 f.
  - aber nur bei eindeutig belegter Fortführung des Gewerbes; Abmeldung eines Gewerbes kann nicht im Wege der Zwangshaft durchgesetzt werden, da nach § 14 Abs. 1 S. 3 GewO Abmeldung von Amts möglich (VGH Mannheim, 6 S 29/16 v. 28.4.2016 = NVwZ-RR 2016, 902 ff.)

III. Durchsetzung der Gewerbeuntersagung

Anspruch auf gewerberechtliches Einschreiten / Drittschutz bei Gewerbeuntersagung?

Beispiel (nach OVG Lüneburg, 7 ME 51/18 v. 27.8.2018 = NVwZ 2019, 89 ff. [m. zust. Anm. *Brüning*]): Besteht ein Anspruch auf Einschreiten eines Bürgers gegenüber VW wegen des Dieselskandals gerichtet auf Untersagung, Kraftfahrzeuge mit Verbrennungsmotor auf den Markt zu bringen?

- § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO ist nur drittschützend, sofern Untersagung dem Schutz der Beschäftigten, nicht jedoch sofern sie dem Schutz (nur) der Allgemeinheit dient
- Aus Grundrechten Dritter (z. B. Art. 2 Abs. 2 GG) kann sich als Ausdruck staatlicher Schutzpflichten ggf. ein Anspruch auf Einschreiten ergeben – jedoch wegen weitgehenden Gestaltungsspielräumen nicht im konkreten Fall

IV. Wiedergestattung der Gewerbeausübung (§ 35 Abs. 6 GewO)

§ 35 Abs. 6 GewO

Dem Gewerbetreibenden ist von der zuständigen Behörde auf Grund eines an die Behörde zu richtenden schriftlichen oder elektronischen Antrages die persönliche Ausübung des Gewerbes wieder zu gestatten, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß eine Unzuverlässigkeit im Sinne des Absatzes 1 nicht mehr vorliegt. Vor Ablauf eines Jahres nach Durchführung der Untersagungsverfügung kann die Wiederaufnahme nur gestattet werden, wenn hierfür besondere Gründe vorliegen.

§ 35 Abs. 6 GewO spricht das allgemeine Problem der Auswirkungen von Veränderungen im Tatsächlichen auf den (Fort-)Bestand sogenannter „**Verwaltungsakte mit Dauerwirkung**“ an, also auf Verwaltungsakte, deren Regelungswirkungen nicht *zu*, sondern *während* eines bestimmten Zeitraums eintreten

IV. Wiedergestattung der Gewerbeausübung (§ 35 Abs. 6 GewO)

BVerwG, I C 69/62 v. 5.8.1965 = BVerwGE 22, 16, 22 f.:

„Die Gewerbeuntersagung erschöpft sich ihrem Wesen nach nicht in dem Erlaß des Verwaltungsakts. Ihre rechtliche Bedeutung liegt darin, daß der Betroffene sein Gewerbe bis zum Ablauf der Geltungsdauer der Verfügung oder bis zum Erlaß eines neuen Verwaltungsakts, durch den die Ausübung des Gewerbes gestattet wird, nicht mehr persönlich ausüben darf. Die Gewerbeuntersagung ist mithin ein sogenannter Dauerverwaltungsakt. Das von der Behörde einmal ausgesprochene Verbot aktualisiert sich dem Gewerbetreibenden gegenüber ständig neu.“

Problem: Was geschieht, wenn neue Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine bei Erlass der Gewerbeuntersagung gegebene Unzuverlässigkeit jetzt nicht (mehr) vorliegt, die Gewerbeaufsichtsbehörde also die Gewerbeuntersagung heute nicht mehr erlassen dürfte.

Beispielsfall: Wegen fehlender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ergeht rechtmäßig Gewerbeuntersagung. Später gewinnt Gewerbetreibender im Lotto, kann seine Schulden abbezahlen und hat hinreichend Kapital für erneute Gewerbeausübung. **Was muss die Behörde veranlassen**?

IV. Wiedergestattung der Gewerbeausübung (§ 35 Abs. 6 GewO)

1. Variante des Beispielfalls

Wegen fehlender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ergeht rechtmäßig Gewerbeuntersagung. Diese wird formell bestandskräftig. Später gewinnt Gewerbetreibender im Lotto, kann seine Schulden abbezahlen und hat hinreichend Kapital für erneute Gewerbeausübung.

Hätte der Gewerbetreibende einen Anspruch auf Aufhebung der Gewerbeuntersagung, wenn § 35 Abs. 6 GewO unberücksichtigt gelassen wird?

IV. Wiedergestattung der Gewerbeausübung (§ 35 Abs. 6 GewO)

1. Variante des Beispielfalls

Wegen fehlender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ergeht rechtmäßig Gewerbeuntersagung. Diese wird formell bestandskräftig, Später gewinnt Gewerbetreibender im Lotto, kann seine Schulden abbezahlen und hat hinreichend Kapital für erneute Gewerbeausübung.

Hätte der Gewerbetreibende einen Anspruch auf Aufhebung der Gewerbeuntersagung, wenn § 35 Abs. 6 GewO unberücksichtigt gelassen wird?

- Behörde wäre zur Aufhebung der Gewerbeuntersagung nach § 51 Abs. 1 Nr.1 LVwVfG verpflichtet, wenn Wiederaufgreifensantrag innerhalb Frist des § 51 Abs. 3 LVwVfG gestellt würde. Anspruch wäre mit der Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO durchsetzbar
- Unabhängig davon wäre Behörde zur Aufhebung der Gewerbeuntersagung mit Wirkung für die Zukunft berechtigt (§ 49 Abs. 1 LVwVfG)
- [Eine Aufhebung nach § 48 Abs. 1 S. 1 LVwVfG käme nur in Betracht, wenn § 48 VwVfG auch auf den rechtswidrig gewordenen Verwaltungsakt angewendet wird]

IV. Wiedergestattung der Gewerbeausübung (§ 35 Abs. 6 GewO)

2. Variante des Beispielfalls

Wegen fehlender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ergeht rechtmäßig Gewerbeuntersagung. Nach erfolglosem Widerspruch erhebt der Gewerbetreibende Anfechtungsklage mit der unzutreffenden Begründung, er sei ursprünglich nicht wirtschaftlich leistungsunfähig gewesen. Bevor entschieden wird, gewinnt der Kläger im Lotto.

Wäre die Anfechtungsklage nach **§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO** begründet, wenn § 35 Abs. 6 GewO unberücksichtigt gelassen wird?

IV. Wiedergestattung der Gewerbeausübung (§ 35 Abs. 6 GewO)

2. Variante des Beispielfalls

Wegen fehlender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ergeht rechtmäßig Gewerbeuntersagung. Nach erfolglosem Widerspruch erhebt der Gewerbetreibende Anfechtungsklage mit der unzutreffenden Begründung, er sei ursprünglich nicht wirtschaftlich leistungsunfähig gewesen. Bevor entschieden wird, gewinnt der Kläger im Lotto. Wäre die Anfechtungsklage nach **§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO** begründet, wenn § 35 Abs. 6 GewO unberücksichtigt gelassen wird?

Entscheidend ist, ob auch ein Verwaltungsakt, der ursprünglich rechtmäßig war, durch Änderung der Sachlage nach Klageerhebung i. S. des § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO „rechtswidrig“ werden kann und deshalb vom Verwaltungsgericht im Anfechtungsprozess aufgehoben werden muss, obwohl er bei Klageerhebung rechtmäßig war.

> Vgl. zum allgemeinen Problem des maßgeblichen Zeitpunkts für die Beurteilung der für die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes maßgeblichen Sach- und Rechtslage im Gerichtsverfahren die zusammenfassende Darstellung von *Gärditz/Orth*, Jura 2013, 1100 ff.; *Käß*, BayVBl 2009, 677 ff.; *Rennert*, DVBl. 2019, 593 ff.; *Schenke*, JuS 2019, 833 ff.

IV. Wiedergestattung der Gewerbeausübung (§ 35 Abs. 6 GewO)

BVerwG, I C 69/62 v. 5.8.1965 = BVerwGE 22, 16, 23 (Folie 1 von 2**)**

„Das von der Behörde einmal ausgesprochene Verbot aktualisiert sich dem Gewerbetreibenden gegenüber ständig neu. [Es] muß während der ganzen Dauer der Wirksamkeit des Verwaltungsakts dem jeweils geltenden Recht entsprechen. Aus der gesetzmäßigen Regelung des Rechtsverhältnisses im Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsakts folgt nicht, daß die getroffene Regelung auch später rechtmäßig bliebe. Entscheidend ist der Inhalt der Regelung, nicht allein die Maßnahme, durch die das künftige Verhalten des Betroffenen geregelt worden ist. Hält die Verwaltungsbehörde gegen den Willen des Betroffenen an ihrer Untersagungsverfügung fest, obwohl die Gewerbeuntersagung nicht mehr gerechtfertigt ist, so hindert sie ihn an der Ausübung eines ihm gesetzlich zustehenden und durch das Grundgesetz gewährleisteten Rechts. Ob die Verwaltungsbehörde jede **Untersagungsverfügung "unter Kontrolle halten" muß**, mag dahingestellt bleiben. Wenn ein Antrag gemäß § 35 Abs. 6 GewO gestellt worden ist oder durch die Anfechtung der Untersagungsverfügung schlüssig zum Ausdruck gebracht wird, daß der Kläger das Gewerbe ausüben will, muß sie jedenfalls prüfen, ob sie dem Betroffenen dadurch, daß sie die Untersagungsverfügung aufrechterhält, weiterhin die Ausübung des Gewerbes verbieten darf. […]."

IV. Wiedergestattung der Gewerbeausübung (§ 35 Abs. 6 GewO)

BVerwG, I C 69/62 v. 5.8.1965 = BVerwGE 22, 16, 23 (Folie 2 von 2**)**

„[…] Ist durch eine Gesetzesänderung die ursprünglich vorhandene Rechtsgrundlage weggefallen, so steht das behördliche Verbot ungeachtet dessen, daß es während der zurückliegenden Zeit dem damals geltenden Recht entsprochen hat, nicht mehr im Einklang mit der Rechtsordnung. Wenn in einem solchen Fall die angefochtene Untersagungsverfügung nicht zurückgenommen oder die Hauptsache des Rechtsstreits für erledigt erklärt wurde, so ist im Verwaltungsprozeß die Verfügung aufzuheben, da sie seit Inkrafttreten des neuen Rechts rechtswidrig ist.“

Entscheidend für die Annahme, dass der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage im Verwaltungsprozess bei Dauerverwaltungsakten der Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht ist, sind daher v. a. prozessökonomische (weniger „dogmatische“) Gründe.

Ausführlich zu diesen prozessökonomischen Gründen *Rennert*, DVBl. 2019, 593, 597 f.; *Schenke*, JuS 2019, 833, 836

Exkurs: Entscheidungserheblicher Zeitpunkt im Verwaltungsprozess

Anfechtungsklage

Grundsatz	Ausnahme
Letzte behördliche Entscheidung	Letzte mündliche Verhandlung insb. bei Dauer-VA

Verpflichtungsklage / Leistungsklage

Grundsatz	Ausnahme
Letzte mündliche Verhandlung	Letzte behördliche Entscheidung (z.B. Prüfungen, Ermessen)

IV. Wiedergestattung der Gewerbeausübung (§ 35 Abs. 6 GewO)

3. Variante des Beispielfalls

Wegen fehlender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ergeht rechtmäßig Gewerbeuntersagung. Diese wird formell bestandskräftig. Später gewinnt Gewerbetreibender im Lotto, kann seine Schulden abbezahlen und hat hinreichend Kapital für erneute Gewerbeausübung.

Hätte der Gewerbetreibende einen Anspruch auf Aufhebung der Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 6 GewO?

§ 35 Abs. 6 GewO

Dem Gewerbetreibenden ist von der zuständigen Behörde auf Grund eines an die Behörde zu richtenden schriftlichen oder elektronischen Antrages die persönliche Ausübung des Gewerbes wieder zu gestatten, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß eine Unzuverlässigkeit im Sinne des Absatzes 1 nicht mehr vorliegt. Vor Ablauf eines Jahres nach Durchführung der Untersagungsverfügung kann die Wiederaufnahme nur gestattet werden, wenn hierfür besondere Gründe vorliegen.

IV. Wiedergestattung der Gewerbeausübung (§ 35 Abs. 6 GewO)

3. Variante des Beispielfalls

Wegen fehlender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ergeht rechtmäßig Gewerbeuntersagung. Diese wird formell bestandskräftig, Später gewinnt Gewerbetreibender im Lotto, kann seine Schulden abbezahlen und hat hinreichend Kapital für erneute Gewerbeausübung.

Hätte der Gewerbetreibende einen Anspruch auf Aufhebung der Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 6 GewO?

- Wiederaufgreifen nur nach Maßgabe des § 35 Abs. 6 GewO, da dies eine Spezialregelung zu § 49, § 51 LVwVfG ist
- Voraussetzungen:
  - Schriftlicher Antrag (keine Aufhebung von Amts wegen)
  - Vorliegen von Tatsachen, die die Annahme rechtfertigen, dass keine Unzuverlässigkeit mehr vorliegt
  - Grundsätzlich Wartefrist des § 35 Abs. 6 S. 2 GewO: ein Jahr

IV. Wiedergestattung der Gewerbeausübung (§ 35 Abs. 6 GewO)

4. Variante des Beispielfalls

Wegen fehlender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ergeht rechtmäßig Gewerbeuntersagung. Nach erfolglosem Widerspruch erhebt der Gewerbetreibende Anfechtungsklage mit der unzutreffenden Begründung, er sei ursprünglich nicht wirtschaftlich leistungsunfähig gewesen. Bevor entschieden wird, gewinnt der Kläger im Lotto.

Wäre die Anfechtungsklage nach **§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO** begründet, wenn § 35 Abs. 6 GewO berücksichtigt wird?

§ 35 Abs. 6 GewO

Dem Gewerbetreibenden ist von der zuständigen Behörde auf Grund eines an die Behörde zu richtenden schriftlichen oder elektronischen Antrages die persönliche Ausübung des Gewerbes wieder zu gestatten, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß eine Unzuverlässigkeit im Sinne des Absatzes 1 nicht mehr vorliegt. Vor Ablauf eines Jahres nach Durchführung der Untersagungsverfügung kann die Wiederaufnahme nur gestattet werden, wenn hierfür besondere Gründe vorliegen.

IV. Wiedergestattung der Gewerbeausübung (§ 35 Abs. 6 GewO)

BVerwG, 1 C 146.80 v. 2.2.1982, Abs. 12 = BVerwGE 65, 1, 2 f. (Folie 1 von 2)

„Der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach bei einer Anfechtung der Untersagungsverfügung die Untersagungsvoraussetzungen noch im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorliegen müssen […], ist durch die am 1. Mai 1974 in Kraft getretene (Änderungsgesetz zur GewO vom 13. Februar 1974, BGBl. I S. 161) Neufassung des § 35 Abs. 6 GewO die Grundlage entzogen worden. Nach dem nunmehr geltenden § 35 Abs. 6 Satz 1 GewO ist die Wiedergestattung der Gewerbeausübung von einem an die Behörde zu richtenden schriftlichen Antrag abhängig. Dieses Antragserfordernis schließt es aus, die für die Wiedergestattung relevanten Umstände im laufenden Anfechtungsprozeß zu berücksichtigen; denn muß das Verfahren nach Absatz 6 durch einen an die Behörde gerichteten Antrag eingeleitet werden, so kann es nicht ausreichen, wenn der Gewerbetreibende in dem Anfechtungsprozeß wegen der Gewerbeuntersagung seinem Begehren auf Wiedergestattung in einem an das Gericht gerichteten Schriftsatz Ausdruck gibt. […].“

IV. Wiedergestattung der Gewerbeausübung (§ 35 Abs. 6 GewO)

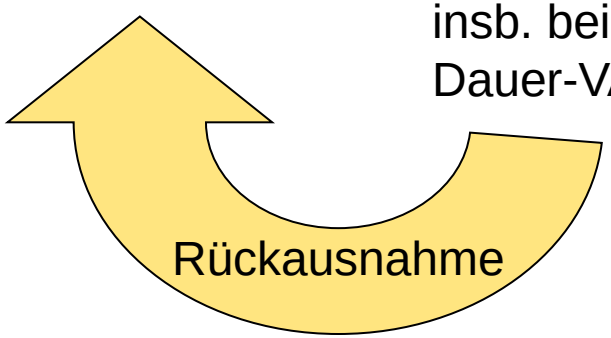
BVerwG, 1 C 146.80 v. 2.2.1982, Abs. 12 = BVerwGE 65, 1, 2 f. (Folie 2 von 2)

„Wie die Begründung zum Regierungsentwurf (BT-Drucks. 7/111 S. 6) beweist, sollte durch die Neufassung des § 35 Abs. 6 Satz 1 GewO im Interesse einer Entlastung der Behörde erreicht werden, daß "nach erfolgter Untersagung" die Initiative zur Wiederzulassung vom Gewerbetreibenden ausgehen muß und die Behörde nicht zu prüfen hat, ob die Untersagungsgründe noch fortbestehen. Wenn die Behörde nach wie vor während des gerichtlichen Verfahrens ihre Entscheidung unter Kontrolle halten müßte, würde der von der Neuregelung angestrebte Entlastungseffekt nicht erreicht werden; denn gerade unter dem Druck des Prozeßrisikos wird die Behörde durch die entsprechende Amtspflicht belastet, wogegen sie nach Unanfechtbarkeit der Untersagungsverfügung dem früheren Gewerbetreibenden in der Regel schon immer die Initiative überlassen konnte, die Wiedergestattung der Gewerbeausübung durchzusetzen. Dem § 35 GewO liegt nach der Neufassung seines Absatzes 6 eine […] deutliche Trennung zwischen dem Untersagungsverfahren einerseits und dem Wiedergestattungsverfahren andererseits zugrunde […].“

Exkurs: Entscheidungserheblicher Zeitpunkt im Verwaltungsprozess

Anfechtungsklage

Grundsatz	Ausnahme
Letzte behördliche Entscheidung	Letzte mündliche Verhandlung insb. bei Dauer-VA



Reglungszusammenhang
§ 35 Abs. 1 - § 35 Abs. 6 GewO

Verpflichtungsklage / Leistungsklage

Grundsatz	Ausnahme
Letzte mündliche Verhandlung	Letzte behördliche Entscheidung (z.B. Prüfungen, Ermessen)

IV. Wiedergestattung der Gewerbeausübung (§ 35 Abs. 6 GewO)

Voraussetzungen der Wiedergestattung nach § 35 Abs. 6 GewO im Einzelnen:

VGH München, 22 ZB 11.184 v. 2.5.2011 = NJW 2011, 2822 ff. (Folie 1 von 2):

„[13] § 35 Abs. 6 S. 1 1 GewO verlangt, dass Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine gewerberechtliche Unzuverlässigkeit i. S. von §35 Abs. 1 GewO nicht mehr vorliegt. […]. Der betreffende Gewerbetreibende muss also nunmehr die Gewähr dafür bieten, dass er sein Gewerbe – auch im Hinblick auf öffentlich-rechtliche Erklärungs- und Zahlungspflichten – ordnungsgemäß ausüben wird; insofern ist eine **tatsachengestützte günstige Prognose** für die künftige gewerbliche Tätigkeit erforderlich […]. Für die Kl. bedeutet dies, dass sie sich die Bestandskraft der Gewerbeuntersagung […] entgegenhalten lassen muss. Seit April 2008 muss dann eine Änderung dahingehend eingetreten sein, dass die Kl. nunmehr die Gewähr dafür bietet, dass sie ihr Gewerbe auch im Hinblick auf öffentlich-rechtliche Erklärungs- und Zahlungspflichten ordnungsgemäß ausüben wird.“

IV. Wiedergestattung der Gewerbeausübung (§ 35 Abs. 6 GewO)

Voraussetzungen der Wiedergestattung nach § 35 Abs. 6 GewO im Einzelnen:

VGH München, 22 ZB 11.184 v. 2.5.2011 = NJW 2011, 2822 ff. (Folie 2 von 2):

„[15] Vor allem lässt die sich aus den Darlegungen der Kl. ergebende Momentaufnahme die von ihr gezeigte gewerberechtliche Unzuverlässigkeit nicht ohne Weiteres entfallen. „Wohlverhalten“ des Gewerbetreibenden während des Klageverfahrens ist nicht ohne Weiteres geeignet, eine zuvor gezeigte Unzuverlässigkeit aufzuheben […]. Dies gilt vor allem dann, wenn dieses Wohlverhalten erforderlich erschien, um ein gerade schwebendes Verfahren zu einem günstigen Ende zu bringen. Denkbar ist allerdings auch, dass ein solches Wohlverhalten auf einen „Reifeprozess“ zurückzuführen ist und es unter derartigen Umständen Ausdruck gewerberechtlicher Zuverlässigkeit sein kann […].“

IV. Wiedergestattung der Gewerbeausübung (§ 35 Abs. 6 GewO)

Voraussetzungen der Wiedergestattung nach § 35 Abs. 6 GewO im Einzelnen:

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

„23. […]. War jemand in der Vergangenheit unzuverlässig, kommt es darauf an, ob die Ursachen hierfür fortbestehen oder sich die Einstellung des Betreffenden zur Rechtsordnung oder sein Verhalten dahingehend geändert haben, dass zukünftig ein rechtstreues Verhalten zu erwarten ist. Der Betreffende ist zuverlässig (geworden), wenn die für seine Unzuverlässigkeit maßgeblichen Gründe entfallen sind. Das ist nicht erst dann der Fall, wenn er prognostisch die Gewähr für eine lückenlose und vollständige Beachtung aller für die Durchführung der Sammlung maßgebenden Anforderungen bietet. Entscheidend ist vielmehr, ob das Verhalten, das früher zur Unzuverlässigkeit geführt hat, diese Schlussfolgerung vor dem Hintergrund des Übermaßverbots noch rechtfertigt oder ob sonstige Umstände hinzugetreten sind, die auf einen Mangel an Zuverlässigkeit schließen lassen […].

IV. Wiedergestattung der Gewerbeausübung (§ 35 Abs. 6 GewO)

Voraussetzungen der Wiedergestattung nach § 35 Abs. 6 GewO im Einzelnen:

OVG Lüneburg, 7 LA 79/17 v. 13. 11. 2017 = GewArch 2018, 37 ff.

- Es muss nicht nur ein alter Unzuverlässigkeitsgrund „wegfallen“, sondern es darf auch kein neuer Unzuverlässigkeitsgrund aufgetreten sein.

- Beharrliche Verstöße gegen eine Gewerbeuntersagung rechtfertigen den Schluss, dass der Kläger nicht willens oder in der Lage ist, alle Voraussetzungen für eine einwandfreie Führung seines Betriebs zu schaffen.

Ausführlich zur Frage, wann und unter welchen Voraussetzungen angenommen werden kann, dass in der Vergangenheit bestehende persönliche Unzuverlässigkeitsgründe wegfallen: OVG Münster, 20 A 875/17 v. 7.2.2020, Abs. 71 ff. = GewArch 2020, 340 Abs. 10 ff. (hier in Zusammenhang mit § 18 Abs. 5 Satz 2 KrWG).

IV. Wiedergestattung der Gewerbeausübung (§ 35 Abs. 6 GewO)

Voraussetzungen der Wiedergestattung nach § 35 Abs. 6 GewO im Einzelnen:

OVG Lüneburg, 7 PA 101/10 v. 3.2.2011 = NVwZ-RR 2011, 318 f.

„[Die Entscheidung] erfordert […] eine Prognose über die Zuverlässigkeit des Ast. nach Wiederaufnahme der gewerblichen Tätigkeit. Sie muss prospektiv, d.h. bezogen auf eine Gefährdung des redlichen Geschäftsverkehrs in der Zukunft, begründet werden, wobei allerdings in der Vergangenheit gezeigtes Verhalten als Indiz gewertet werden kann. Zu beachten ist dabei, dass durch die Gewerbeuntersagung und ihre Aufrechterhaltung nicht vergangenes Verhalten "gleichsam bestraft" werden soll […]. Auf die Wiedergestattung besteht ein Rechtsanspruch […]. Aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich eindeutig, dass bei einer Aufrechterhaltung der Untersagungsverfügung die Behörde darzutun hat, dass der Ast. weiterhin unzuverlässig ist (BT-Drs. 7/111, S. 6). Sie trägt die Beweislast für die Rechtmäßigkeit ihres Ablehnungsbescheides. Die Anforderungen an eine Ablehnung des Wiedergestattungsantrages sind nach Ablauf der Jahresfrist (§ 35 Abs. 6 S. 2 GewO) daher nicht geringer als für die Untersagung des Gewerbes selbst.“

Bestätigt durch OVG Lüneburg, 7 LA 186/11 v. 6.1.2012 = NVwZ-RR 2012, 271 f.

IV. Wiedergestattung der Gewerbeausübung (§ 35 Abs. 6 GewO)

Welche Funktion hat die **Jahresfrist** in **§ 35 Abs. 6 Satz 2 GewO?**

- Denkpause für Beteiligte?
- Bewährungsfrist?
- Widerlegliche Vermutung der Unzuverlässigkeit?
- Sanktion?
- Bundesrechtliche Spezialregelung für ein Wiederaufgreifen des Verfahrens?

Hierzu *Wittmann*, § 35 Abs. 6 S. 2 GewO – Eine Denkpause für die Gewerbefreiheit?, GewArch 2011, 338 ff.

Ausführlich zur Jahresfrist auch OVG Münster 4 A 454/15 v. 26.1.2016, Abs. 7 ff. = NVwZ-RR 2016, 336 f.

V. Exkurs: Dunkelnorm des § 51 GewO

§ 51 GewO
Untersagung wegen überwiegender Nachteile und Gefahren

Wegen überwiegender Nachteile und Gefahren für das Gemeinwohl kann die fernere Benutzung einer jeden gewerblichen Anlage durch die zuständige Behörde zu jeder Zeit untersagt werden. Doch muß dem Besitzer alsdann für den erweislichen Schaden Ersatz geleistet werden. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht für Anlagen, soweit sie den Vorschriften des Bundes-Immissionsschutzgesetzes unterliegen.

- § 51 GewO ist subsidiär zu § 20 uns § 22 BimSchG
- Durchbricht im Übrigen z. B. Bestandsschutz von Baugenehmigungen
- Ob und inwieweit praktische Anwendungsfälle bestehen, ist unklar (diskutiert wurde die Vorschrift in Zusammenhang mit Corona-Maßnahmen)

  Hierzu: Kollmer, GewArch 2026, 14 ff.

C) Genehmigungsbedürftige stehende Gewerbe

Gewerberechtliche Genehmigungen

- sind wie alle Genehmigungen Verwaltungsakte, die im Einzelfall eine bestimmte Tätigkeit oder ein bestimmtes Vorhaben erlauben (vgl. hierzu *Eifert*, Jura 2014, 1127 ff.)
- sind von anderen Formen der „Eröffnungskontrolle“ wie Anzeigeverfahren in verschiedenen Formen (siehe z. B. § 38 GewO) zu unterscheiden
- werden oft noch als „**Gewerbekonzessionen**“ bezeichnet. In diesen Begriff schwingt die Vorstellung mit, dass mit der Gewerbegenehmigung auch ein Ausschließlichkeitsrechts (Gebietsmonopol) verbunden wird, was aber bei den gewerberechtlichen Genehmigungen heute nicht mehr der Fall ist

  Beispiel für eine wirkliche „Gewerbekonzession“ war z. B. die frühere Gaststättenkonzession nach § 33 GewO i.d.F. von 1883, die für Gaststätten in kleineren Ortschaften eine „Bedürfnisprüfung“ vorsah.

- sind nicht ausschließlich Gegenstand des Abschnitt II B des Titels II der Gewerbeordnung. Neben dem fehlerhaft eingeordneten § 35 GewO (siehe § 3 B des Kurses) regelt dieser Abschnitt mit § 36, § 36a sowie § 38 GewO auch andere Formen von Eröffnungskontrollen siehe § 3 D und E des Kurses)

C) Genehmigungsbedürftige stehende Gewerbe

I. Arten gewerberechtlicher Genehmigungen

II. Fälle genehmigungsbedürftiger Gewerbe

III. Die Gewerbeuntersagung nach § 15 Abs. 2 GewO

IV. Das Hinterbliebenenprivileg (§ 46 GewO)

V. Aufhebung der Gewerbeerlaubnis wegen Unzuverlässigkeit

VI. Verhältnis zwischen Aufhebung der Gewerbeerlaubnis und Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO

I. Arten gewerberechtlicher Genehmigungen

Kontrollerlaubnis und Ausnahmebilligung

Kontrollerlaubnis

- Verbot mit Erlaubnisvorbehalt
- Gebundene Erlaubnis
- Aufgrund besonderer Gefährdungspotentiale zunächst Unzulässigkeit der Betätigung
- Anspruch auf Erteilung, wenn öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen (zumindest aus § 1 GewO, Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG)
- Nebenbestimmungen nur, wenn gesetzlich vorgesehen (§ 36 Abs. 1 VwVfG)
- Bsp.: § 34a GewO Bewachungsgewerbe

Ausnahmebewilligung

- Verbot mit Befreiungsvorbehalt
- Ermessen
- Objektive Berufszugangsregelung: nur zur Sicherung überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter zulässig **und** wenn Verfassung dies selbst vorsieht (so BVerfGE 108, 370, 383 f. und 388 f. zum Postmonopol)
- Nebenbestimmungen grds. zulässig, wenn vom Zweck der Ermächtigung gedeckt (§ 36 Abs. 2 VwVfG)
- Bsp.: § 33h Abs. 1 Nr. 1 GewO i.V.m. landesrechtlichen Spielbankgesetzen

I. Arten gewerberechtlicher Genehmigungen

Personalkonzession und Sachkonzession

Personalkonzession

- Erteilung abhängig von Eigenschaften und Fähigkeiten, die in Person des Gewerbetreibenden begründet sind
- Bsp.: § 34c GewO (vgl. § 34c Abs. 2 GewO)
- I.d.R. keine Rechtsnachfolge

Sachkonzession

- Erteilung abhängig von Gewerbebetrieb als solchem, seine örtliche Lage, räumliche Beschaffenheit etc.
- Bsp.: § 4 BImSchG (vgl. § 6 BImSchG)
- Typischerweise rechtsnachfolgefähig

Gewerbekonzessionen = oft gemischte Konzessionen

deutlich: § 3 Abs. 1 S. 1, § 4 Abs. 1 GastG; § 12 Abs. 2, § 18 ProstSchG – (zum Verhältnis zur Baugenehmigung § 7 C II 4 des Kurses)

I. Arten gewerberechtlicher Genehmigungen

VGH Mannheim, 4 K 547/22 v. 31.1.2024 = GewArch 2025, 289

„9. Die Erlaubnis nach § 34f GewO ist eine personenbezogene Erlaubnis, die nicht auf andere Personen übertragbar ist, und auf deren Erteilung ein Anspruch besteht, wenn keiner der in § 34f Abs. 2 GewO normierten Versagungsgründe vorliegt […]. Positiv gewendet ist die Erlaubnis zu erteilen, wenn die sich aus den Versagungsgründen ergebenden persönlichen Erlaubnisvoraussetzungen (Zuverlässigkeit, geordnete Vermögensverhältnisse, Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung und Sachkunde) erfüllt sind. Erlaubnisträger können sowohl natürliche als auch juristische Personen sein. Bei juristischen Personen kommt es für das Vorliegen der persönlichen Erlaubnisvoraussetzungen auf den geschäftsführenden Vertreter an. Auf die Frage, ob man die Erlaubnis als personenbezogen oder – wie im angefochtenen Urteil und teilweise auch in der angeführten Kommentarliteratur – als „höchstpersönlich“ bezeichnet, ist entgegen dem Zulassungsvorbringen unerheblich. Entscheidend ist, dass die Erlaubnis […]. mit Blick auf die persönlichen Erlaubnisvoraussetzungen personenbezogen und daher nicht übertragbar ist.“

II. Fälle genehmigungsbedürftiger Gewerbe

Grundsatz der Gewerbefreiheit (§ 1 Abs. 1 GewO): **Keine Genehmigungspflicht**, soweit nichts anderes gesetzlich bestimmt ist (hierzu § 2 A des Kurses)

Welche Gewerbe genehmigungsbedürftig sind und welche nicht, erscheint oft zufällig. Das BVerfG prüft bei der Frage der Vereinbarkeit von Genehmigungserfordernissen mit Art. 12 Abs. 1 GG nämlich i.d.R. nur, ob die Einführung des Genehmigungserfordernisses für dieses Gewerbe verhältnismäßig ist. Es verlangt kein kohärentes Vorgehen des Gesetzgebers dahingehend, dass ähnlich gefahrgeneigte Gewerbe ähnlichen Genehmigungserfordernissen unterworfen werden

1. Genehmigungsbedürftigkeit nach GewO

- Überblick
- Exkurs I: Näheres zu § 33a GewO
- Exkurs II: Spielhallenrecht (§§ 33c ff. GewO) und Glücksspielrecht

2. Spezialgesetzlich geregelte genehmigungsbedürftige Gewerbe

1. Genehmigungsbedürftigkeit nach GewO

- § 30 GewO: Privatkrankenanstalten (gemischte Konzession, keine Kontrolle der ärztlichen Leistungen, Schutz vor Gefahren, die sich aus Eingliederung der Patienten in betriebliches Organisationsgefüge ergeben)
- § 31 GewO: Bewachungsgewerbe auf Seeschiffen

  hierzu *Ennuschat*, GewArch 2014, 329 ff.; *Heller/Soschinka* NVwZ 2013, 476 ff.; *Runkel*, GewArch 2014, 242 ff.; *Salomon/Pesch*, DÖV 2013, 760 ff.
- § 34 GewO: Pfandleihgewerbe

  Hierzu BVerwG, 8 C 28.20 v. 7.7.2021 = BVerwGE 173, 108 ff.
- § 34a GewO: Bewachungsgewerbe (nicht Detekteien und Überwachungs-gewerbe)

  hierzu VGH München, 2 BV 13.1909 v. 20.2.2014, Abs. 17 ff. = NJW 2014, 2375 ff.; OVG Schleswig, 5 MB 29/20 v. 9.11.2020. = NVwZ-RR 2021, 619 ff.; zu Reformvorhaben z. B. *Eisenmenger*, NVwZ 2018, 1768 ff.; *Miller*, NVwZ 2019, 1637 ff.
- § 34b GewO: Versteigerergewerbe

  hierzu LG Mannheim, 24 O 204/92 v. 26.4.1993 = GewArch 1993, 476 f.

1. Genehmigungsbedürftigkeit nach GewO

- § 34d GewO (mit Verordnungsermächtigung in § 34e GewO): Versicherungsvermittler und Versicherungsberater (seit 2007, Neuregelung 2017)

  hierzu *Schulze-Werner*, GewArch 2017, 418 ff.; *Augustin/Bauer/Klopp/Morath/Pollmer/Samuels/Schlichting/Schroeder*, GewArch 2019, 131 ff.; zur (Durchsetzung der) Weiterbildungspflicht: VGH München 22 ZB 20.1840 v. 12.8.2021 = GewArch 2021, 466 ff.

- § 34f GewO (mit Verordnungsermächtigung in § 34g GewO): Finanzanlagenvermittler (seit 2013)

  hierzu *Glückert*, GewArch 2012, 465 ff.; *Moraht*, GewArch 2014, 282 ff.; *Schulze-Werner* GewArch 2012, 102 ff.

- § 34h GewO: Honorar-Finanzanlagenberater (ab 1.8.2014)

  hierzu *Moraht*, GewArch 2014, 282, 285 f.; *Schulze-Werner*, GewArch 2013, 390 ff.; *Will*, NVwZ 2015, 1477 ff.

- § 34i GewO: Immobiliardarlehensvermittler (ab 21.3.2016)

  hierzu *Schulze-Werner*, GewArch 2016, 361 ff.

- § 34c GewO: Makler, Bauträger, Baubetreuer und (seit 1.8.2018): *Wohnungsimmobilienverwalter*

  Zur Neuregelung *Drasdo*, NVwZ 2018, 31 ff.

Exkurs I: Näheres zu § 33a GewO – „Schaustellung von Personen“ als genehmigungsbedürftiges Gewerbe

§ 33a GewO als Lehrstück für unbestimmte Rechtsbegriffe:

§ 33a GewO
Schaustellungen von Personen

(1) Wer **gewerbsmäßig** Schaustellungen von Personen in seinen Geschäftsräumen veranstalten oder für deren Veranstaltung seine Geschäftsräume zur Verfügung stellen will, bedarf der Erlaubnis der zuständigen Behörde. Dies gilt nicht für Darbietungen mit überwiegend **künstlerischem, sportlichem, akrobatischem oder ähnlichem** Charakter. […].

(2) Die Erlaubnis ist zu versagen, wenn

1. Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderliche **Zuverlässigkeit** nicht besitzt,
2. zu erwarten ist, dass die Schaustellungen den **guten Sitten** zuwiderlaufen werden oder
3. der Gewerbebetrieb im Hinblick auf seine örtliche Lage oder auf die Verwendung der Räume dem **öffentlichen Interesse** widerspricht, insbesondere schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundes-Immissionsschutzgesetzes oder sonst erhebliche Nachteile, Gefahren oder **Belästigungen für die Allgemeinheit** befürchten lässt.

Exkurs I: Näheres zu § 33a GewO – „Schaustellung von Personen“ als genehmigungsbedürftiges Gewerbe

- **Gesetzgebungskompetenz:** Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG: Gesetzgebungskompetenz für „Schaustellung von Personen“ auf Länder übertragen, jedoch bisher keine Änderungen auf Landesebene geplant, § 33a GewO gilt nach Art. 125a Abs. 1 GG als Bundesrecht fort (hierzu auch *Öttinger*, GewArch 2016, 365 ff.)

- Daher: Herausnahme der Fälle des § 33a GewO aus dem Begriff der „sexuellen Dienstleistung“ in § 2 Abs. 1 Satz 2 ProstSchG, was dazu führt, dass ggf. für denselben Betrieb sowohl eine Genehmigung nach § 33a GewO (Zuständigkeit: Gewerbeaufsicht) als auch nach § 12 ProstSchG (sowie eine Gaststättenerlaubnis) erforderlich sein kann (vgl. § 12 Abs. 7 ProstSchG)

- Genehmigung nach § 33a GewO ist eine **gemischte Konzession**

- Soweit Speisen- und Getränke serviert werden, gilt für denselben Betrieb auch das Gaststättenrecht (hierzu § 7 B III des Kurses)

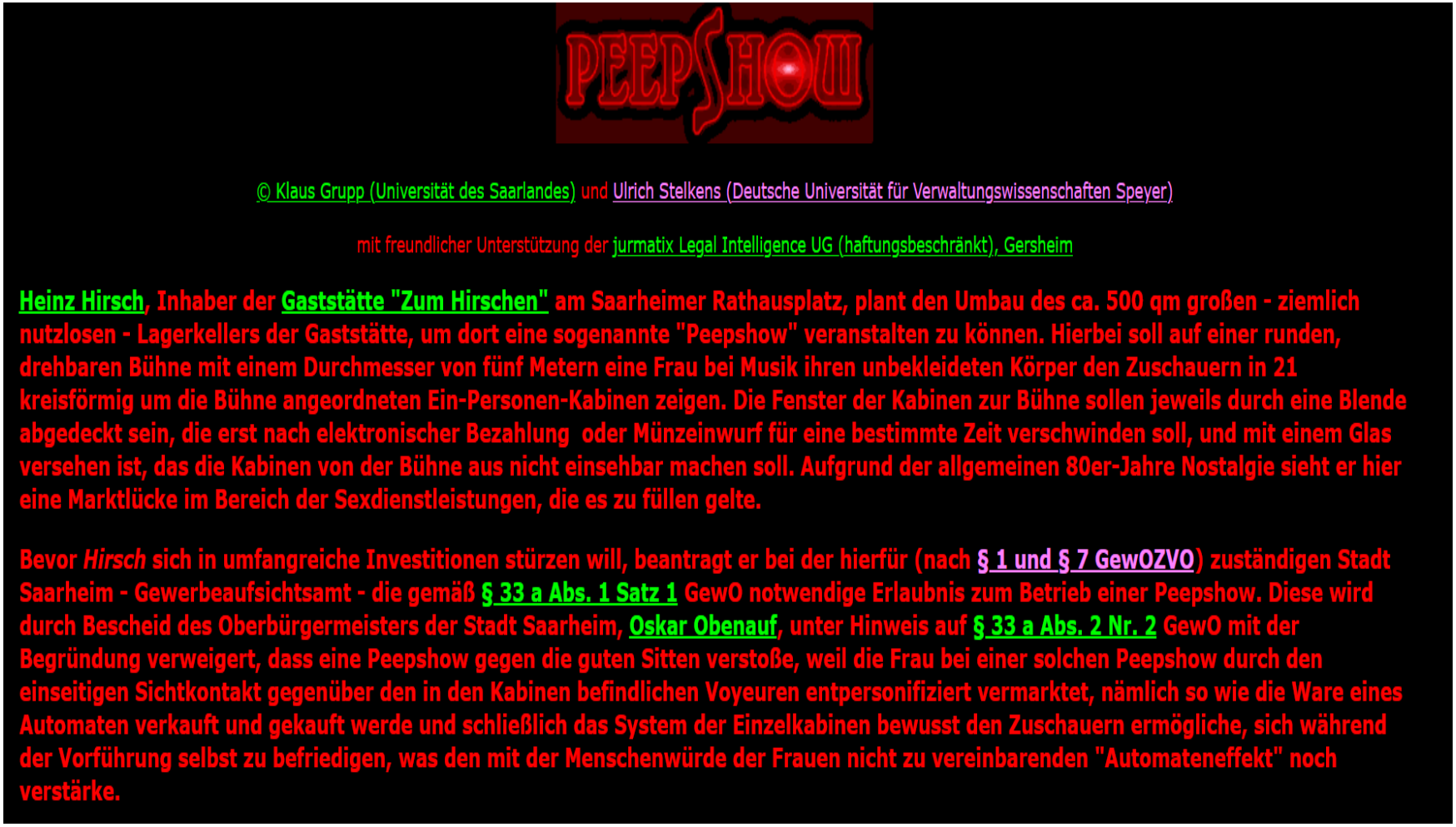
Exkurs I: Näheres zu § 33a GewO – „Schaustellung von Personen“ als genehmigungsbedürftiges Gewerbe

Abgrenzung zwischen bloßer „Schaustellung von Personen“ (insbesondere sog. „geschlechtsbezogene Darbietung“) und Kunst, Akrobatik und Sport nach § 33a Abs. 1 S. 2 GewO notwendig

- Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der grundrechtlich gewährleisteten Kunstfreiheit Art. 5 Abs. 3 GG
- keine generalisierenden Aussagen möglich; es ist auf Gesamtcharakter der Veranstaltung abzustellen
- Beispiele für Abgrenzung: FG Baden-Württemberg, 12 K 459/00 v. 26.1.2005 = EFG 2005, 911 ff. (California Dream Boys); VGH München, 22 CE 83 A.3074 v. 9.12.1983 = GewArch 1984, 61 f. (Frauenschlammringkämpfe); VG Neustadt, 7 L 1271 v. 21.5.1992 = NVwZ 1993, 98, 99 (Zwergenwerfen)

Exkurs I: Näheres zu § 33a GewO – „Schaustellung von Personen“ als genehmigungsbedürftiges Gewerbe

Zur Problematik der Zulassungsfähigkeit von „Peepshows“ im Hinblick auf Art. 1 Ans. 1 GG m. w. N. zu Rspr. und Schrifttum: Saarheimer Peepshow-Fall



Exkurs II: Spielhallenrecht (§§ 33c ff. GewO) und Glücksspielrecht

Ziele des Glücksspielrechts:

- Schutz vor übermäßiger gewerblicher Ausnutzung des menschlichen Spieltriebs – Schutz vor Spielsucht
- Kein generelles Verbot, sondern Kanalisierung des Spielwesens und Vorbeugung vor Missbräuchen
- Unzulässig: Sicherung staatlicher Einnahmen durch staatliche Spielmonopole

Problem: Abgrenzung von Glücksspiel zu anderen Formen der Unterhaltung (von Bedeutung u. a. für Erlaubnispflicht nach § 33d GewO)

- Abgrenzung zu Geschicklichkeitsspielen mit Gewinnmöglichkeit (nur Genehmigung nach § 33d GewO, z. B. bei Schafkopfturnieren, vgl. *Fisch*, BayVBl. 2024, 145 ff.)
- Abgrenzung zum Sport (auch keine Genehmigungspflicht nach § 33d GewO)
- Abgrenzung zum eSport (str., ob Genehmigungspflicht nach § 33d GewO; hierzu *Fisch*, GewArch 2023, 310 ff. und 361 ff.)

Exkurs II: Spielhallenrecht (§§ 33c ff. GewO) und Glücksspielrecht

Auslöser der Reformen im Glücksspielrecht: Erhöhter Rechtfertigungsdruck für staatliche „Spielmonopole“ durch Rechtsprechung. Private Anbieter drängen auf den Markt:

- BVerfG, 1 BvR 1054/01 v. 28.3.2006 = BVerfGE 115, 276 (Sportwetten) und zahlreiche Folgeentscheidungen (zuletzt BVerfG, 1 BvR 1314/12 v. 7.3.2017 = BVerfGE 145, 20 ff. [m. Anm. *Dietlein*, NVwZ 2017, 1667 ff.; *Krüper* GewArch 2017, 349 ff.; *H. P. Schneider*, NVwZ 2017, 1667 ff.]

- EuGH, Rs. C-316/07 u.a. v. 8.9.2010 - Stoß und zahlreiche Folgeentscheidungen (siehe etwa EuGH, C-375/17 v 19.12.2018 – Stanley International Betting)

- EuGH, C-156/13 v. 12.6.2014, Abs. 35 ff. - Digibet: Gebot der Regelungskohärenz kann im Bundesstaat auch bei abweichenden Landesregelungen beachtet sein

Exkurs II: Spielhallenrecht (§§ 33c ff. GewO) und Glücksspielrecht

Auslöser der Reformen im Glücksspielrecht:

- Unklare Reichweite der Fortgeltung einer am 14.9.1990 vom Magistrat der Stadt Gera erteilten **DDR-Sportwettenerlaubnis** an „Sportwetten Gera“ nach Art. 19 Einigungsvertrag (hierzu zuletzt OVG Weimar, 3 KO 161/11 v. 26.9.2019, Abs. 13 ff. = ThürVBl. 2019, 208, 211)
- Internet-Glücksspiele in immer neuen Formen (vgl. hierzu etwa BVerwG, 8 C 18/16 v. 26.10.2017, Abs. 20 ff. = NVwZ 2018, 895 Abs. 20 ff.)
- Neue Vertriebsformen als Glücksspiel?

  Hausverlosung als Glücksspiel? VGH München, 10 CS 11.1212 v. 7.2. 2012 = GewArch 2012, 304 ff.; VGH München, 10 ZB 12.1926 v. 26.11.2014 = NJW 2015, 1400 ff.; VG Göttingen, 1 B 247/09 v. 12.11.2009 = NJW 2010, 885 ff.
  Internet-Café als Spielhalle? BVerwG, 6 C 11.04 v. 9.3.2005 = NVwZ 2005, 961 ff.
- Neuer Spielhallenboom verursacht „**Trading Down Effekte**“ und stellt Bemühungen um Suchtbekämpfung beim „großem Spiel“ in Frage (deutlich VGH Kassel, 8 B 2473/11 v. 12.3.2012, Abs. 10 ff. = NVwZ-RR 2012, 514 ff.)

Exkurs II: Spielhallenrecht (§§ 33c ff. GewO) und Glücksspielrecht

Gesetzgebungskompetenz für das Glücksspielrecht

- Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 n. F. GG: Glücksspielrecht unterfällt „Recht der Wirtschaft“ mit Ausnahme des „**Rechts der Spielhallen**“
- Aber: Fortgeltung der §§ 33c ff. GewO nach Art. 125a Abs. 1 GG, soweit nicht durch Landesrecht ersetzt (hierzu § 1 D III des Kurses)
- Erhebliche Probleme bei der Abgrenzung zwischen Bundes- und Landeskompetenz im Spielhallenrecht (BVerfG, 1 BvR 1314/12 v. 7.3.2017, Abs. 97 ff. = BVerfGE 145, 20, 58 ff.
  - Jedenfalls Regelungsgehalt des § 33i GewO (Spielhallen) unterfällt (neuer) Landesgesetzgebungskompetenz
  - Nicht jedoch § 33c und § 33d GewO (Erlaubnispflicht für Aufstellung von Spielgeräten und sonstigen Spielen mit Gewinnmöglichkeit) schlechthin
- Ausführlich zur Rechtsentwicklung *Lesch*, GewArch 2021, 390 ff.

Exkurs II: Spielhallenrecht (§§ 33c ff. GewO) und Glücksspielrecht

Glücksspielrecht des Bundes I:

- § 33i GewO: Erlaubnispflicht für Spielhallen (gemischte Konzession) – durch Landesrecht nach Art. 125a Abs. 1 GG ersetzbar und ist teilweise auch durch Landesspielhallengesetze ersetzt worden

  Vgl. VGH Kassel, 8 B 1558/18 v. 26.10.2018, Abs. 15 ff.; VGH Mannheim, 6 S 1765/15 v. 25.4.2017, Abs. 21 = VBlBW 2017, 506 Abs. 21; OVG Münster, 4 A 589/17 v. 16.4.2018, Abs. 31 ff. = NWVBl. 2018, 379, 380 f.

  Aber: **Keine allgemeine Ersetzung des § 33i GewO durch §§ 24 ff. GlüStV**, die § 33i GewO nicht ersetzen, sondern ergänzen. §§ 24 ff. GlüStV stellen gegenüber § 33i GewO ein zusätzliches Genehmigungserfordernis auf: OVG Bautzen, 3 B 312/17 v. 18.12.2017, Abs. 8 f. = LKV 2018, 227, 228; OVG Lüneburg, 11 ME 206/17 v. 4.9.2017, Abs. 13 f. = NordÖR 2017, 510, 511; OVG Lüneburg, 11 ME 169/17 v. 5.9.2017, Abs. 12 = NVwZ-RR 2018, 36, 37; *Lackner/Pautsch*, NordÖR 2017, 473, 474)

- § 33c, § 33e, § 33f GewO i.V.m. Verordnung über Spielgeräte und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit (Spielverordnung - SpielV): Erlaubnispflicht für Aufstellung von Glücksspielgeräten – nicht durch Landesrecht ersetzbar (hierzu z. B. OVG Bautzen, 6 B 324/20 v. 7.6.2021 = NVwZ-RR 2021, 971 ff.)

Exkurs II: Spielhallenrecht (§§ 33c ff. GewO) und Glücksspielrecht

Glücksspielrecht des Bundes II:

- § 33d GewO: Erlaubnispflicht die Veranstaltung „anderer“ (kleiner) Glücksspiele (außer Glückspielautomaten) schlechthin – nicht durch Landesrecht ersetzbar (hierzu z. B. OVG Bautzen, 6 B 324/20 v. 7.6.2021 = NVwZ-RR 2021, 971 ff. [zur Durchführung präsenter Pokerturniere])
- Rennwett- und Lotteriegesetz: Regelt bundesrechtlich Pferdewetten (und die Besteuerung von Sportwetten und Lotterien)
- **Sonstiges Glücksspielrecht (Spielbankrecht, Wettrecht):** § 33h GewO i.V.m. § 284 StGB: Verweis auf Landesrecht, d.h. Bund macht insoweit von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz zur Regelung des „Rechts der Glücksspielwirtschaft“ keinen Gebrauch – sondern verweist auf Landes-Gefahrenabwehrrecht, aber nur soweit „Glückspiele“ i.S.d. § 284 StGB erfasst sind - Es muss ein Einsatz für Gewinnchance gezahlt werden, keine allg. „Teilnahmegebühr: BVerwG, 8 C 21/12 v. 16.10.2013, Abs. 22 ff. = NVwZ 2014, 889, 890 – auch muss Entgelt Bagatellgrenze überschreiten: OVG Münster, 13 B 1047/22 v. 11.3.2024, Abs. 39 = NVwZ-RR 2024, 685 Abs. 29 ff.

Exkurs II: Spielhallenrecht (§§ 33c ff. GewO) und Glücksspielrecht

Glücksspielrecht im Landesrecht I:

Glücksspielstaatsvertrag 2021 (am 1. Juni 2021 in Kraft getreten)

- Zu den (vor allem das Online-Glücksspiel betreffenden) Neuerungen: *Brüning/Thomsen*, NVwZ 2021, 11 ff.; *Koenig*, K & R 2020, 578 ff.; *Pagenkopf* NJW 2021, 2152 ff.; *Stühler* GewArch 2022, 7 ff. und 57 ff.

- GlückStV 2021 baut jedoch systematisch auf den früheren GlückStV auf (z. B. keine neue §§-Zählung)

- Zur Regulierung des Glücksspielrechts durch Länderstaatsverträge lesenswert *Gundel*, GewArch 2023, 398 ff.

Exkurs II: Spielhallenrecht (§§ 33c ff. GewO) und Glücksspielrecht

Glücksspielrecht im Landesrecht II:

- **Glücksspiel- und Spielbankengesetze** (s. hierzu die Zusammenstellung bei: http://www.isa-guide.de/isa-law/spielbankenrecht) – zum Spielbankrecht z. B. *Korte*, NVwZ 2021, 192 ff.
- **Landesspielhallengesetze zur Ergänzung von §§ 24 ff. GlüStV** (die teilweise auch der Ersetzung von § 33i GewO dienen)
  - SpielhG Berlin
  - BbgSpielhG
  - BremSpielhG
  - HambSpielhG
  - Hessisches Spielhallengesetz
  - SaarlSpielhG (*Guckelberger*, LKRZ 2012, 393 ff.)
  - SpielhG LSA
  - SpielhG S.-H.
  - ThürSpielhallenG (*Diekmann*, WiVerw 2014, 214 ff.)

Exkurs II: Spielhallenrecht (§§ 33c ff. GewO) und Glücksspielrecht

Glücksspielrecht im Landesrecht III:

Problem: Verteilungsverfahren für Neuerteilung von Spielhallenerlaubnissen für Spielhallen, die die Mindestabstände nicht einhalten, wird von §§ 24 ff. GüStV nicht näher gesetzlich ausgestaltet

- BVerfG, 1 BvR 1314/12 v. 7.3.2017, Abs. 183 ff. = BVerfGE 145, 20, 91 ff.: Der Gesetzgeber könne die Bewältigung der vielgestaltigen Auswahlkonstellationen anhand sachgerechter Kriterien den zuständigen Behörden überlassen, da eine ausdrückl. gesetzl. Regelung nur ein geringes Mehr an Bestimmtheit schaffen könne (ausf. hierzu *Krüper*, GewArch 2017, 257 ff.; s. a. OVG Münster, 4 A 1826/19 v. 10.10.2019 = NVwZ-RR 2020, 682 ff.; OVG Saarlouis, 1 B 318/19 v. 4.2.2020, Abs. 31 ff. = NVwZ-RR 2020, 1057 Abs. 28 ff.)
- Strengere Anforderungen nach VGH Kassel, 8 B 432/18 v. 27.9.2018 = NVwZ-RR 2019, 267 ff.; OVG Lüneburg, 11 ME 330/17 v. 4.9.2017, Abs. 10 ff. = NVwZ 2017, 1552 ff. (m. Anm. *Lackner/Pautsch*, NordÖR 2017, 473, *Weidemann*, NVwZ 2017, 1554 ff.)
- Zum Anciennitätsprinzip nach Landesrecht (länger bestehende Spielhalle hat Vorrang): OVG Hamburg, 4 Bs 226/18 v. 20.10.2020, Abs. 61 ff.

Exkurs II: Spielhallenrecht (§§ 33c ff. GewO) und Glücksspielrecht

Glücksspielrecht im Landesrecht III:

Problem: Verteilungsverfahren für Neuerteilung von Spielhallenerlaubnissen für Spielhallen, die die Mindestabstände nicht einhalten, wird von §§ 24 ff. GüStV nicht näher gesetzlich ausgestaltet

- Zur Befreiungsmöglichkeit vom Mindestabstandsgebot wegen unbilliger Härte OVG Lüneburg, 11 ME 169/17 v.5.9.2017, Abs. 38 ff. = NVwZ-RR 2018, 36, 40 ff.; OVG Lüneburg, 7 ME 32/18 v. 4.7.2018, Abs. 31 ff. = NVwZ-RR 2018, 725 ff.
- Zur Frage der Drittanfechtung einer Spielhallenerlaubnis durch unterlegenen Bewerber: Die Möglichkeit einer solchen Drittanfechtung voraussetzend; OVG Bremen, 1 LA 175/20 v. 21.12.2021 = NVwZ-RR 2022, 814 ff.; OVG Saarlouis, 1 A 283/20 v. 31.1.2022 = NVwZ-RR 2022, 818 ff.; OVG Saarlouis, 1 B 209/22 v. 12.4.2023 = NVwZ-RR 2023, 767 ff.; ablehnend: OVG Lüneburg, 7 LA 119/21 v. 15.12.2021 = GewArch 2022, 74 ff.; ausführlich zum Auswahlverfahren: *Mock*, VBlBW 2025, 221, 225 ff.

Exkurs II: Spielhallenrecht (§§ 33c ff. GewO) und Glücksspielrecht

Glücksspielrecht im Landesrecht IV:

Problem: Verhältnis des Landes-Glücksspielrechts zum **Bauplanungsrecht** („Bodenrecht“ i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG) betreffend der Mindestabstände nach § 25 Abs. 1 GlüStV i.V. mit Landes-Ausführungsgesetzen:

- Gesetzgebungskompetenz der Länder bejahend BVerfG, 1 BvR 1314/12 v. 7.3.2017, Abs. 97 ff. = BVerfGE 145, 20, 58 ff.

- Ebenso BVerwG, 8 C 6/15 v. 16.12.2016, Abs. 19 ff. = NVwZ 2017, 791 ff.; OVG Lüneburg, 11 ME 169/17 v.5.9.2017, Abs. 14 f. = NVwZ-RR 2018, 36, 37 f.; VGH Mannheim, 6 S 1765/15 v. 25.4.2017, Abs. 25 ff. = VBlBW 2017, 506, 507

Neuansatz von *Hartmann/Schaaf*, NVwZ 2022, 1241 ff.: Angesichts von Internetglücksspiel kann Mindestabstandsregelung nicht mehr seinen Zweck erfüllen und erweist sich als inkohärent.

Exkurs II: Spielhallenrecht (§§ 33c ff. GewO) und Glücksspielrecht

Zum Verhältnis zwischen Landes-Spielhallenrecht und Baurecht
(zusammenfassend *Stühler*, GewArch 2022, 57 ff.)

- OVG Hamburg, 4 Bs 37/18 v. 6.11.2018 = NordÖR 2019, 93 ff.: Baugenehmigung als Voraussetzung für die Erteilung einer Spielhallengenehmigung
- VGH Mannheim, 6 S 1795/13 v. 4.4.2014 = NVwZ-RR 2014, 643 ff.: Bindungswirkung der Baugenehmigung für Spielhallengenehmigung bei baulichem Verbund mit weiterer Spielhalle
- OVG Saarlouis, 1 B 476/13 v. 10.2.2014: zum spielhallenrechtlichen Abstandsgebot und seinen Folgen für bestehende Spielhallen (hierzu auch VGH Kassel, 8 B 1558/18 v. 26.10.2018, Abs. 19 ff.)
- OVG Lüneburg, 7 ME 121/13 v. 15.4.2014 = NdsVBl 2014, 286 ff.: zum spielhallenrechtlichen Verbundverbot und seinen Folgen für bestehende Spielhallen
- VGH Kassel, 8 B 718/14 v. 12.5.2015: Beschränkung der Außenwerbung für Spielhallen

Exkurs II: Spielhallenrecht (§§ 33c ff. GewO) und Glücksspielrecht

Zum Verhältnis zwischen Landes-Glücksspielrecht und Gaststättenrecht

- OVG Saarlouis, 1 B 168/17 v. 12.6.2017 = NVwZ-RR 2017, 917 f.: Ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder für Spielhallen umfasst auch Fragen der Aufstellung von Spielgeräten in Gaststätten, solange nur nicht die technischen Anforderungen an Spielgeräte betroffen sind.

- VGH Mannheim, 6 S 215/14 v. 22.4.2014 = NVwZ-RR 2014, 640 ff.: Keine Sportwettenvermittlung in Gaststätten

- OVG Saarlouis, 1 B 338/14 v. 15.10.2014 = NVwZ-RR 2015, 23 ff.: OVG Saarlouis, 1 B 168/17 v. 12.6.2017 = NVwZ-RR 2017, 917 Abs. 23 ff.; OVG Saarlouis, 1 B 56/23 v. 7.8.2023 = KommJuR 2023, 243 ff.; OVG Saarlouis, 1 B 30/23 v. 26.7.2023, Abs. 20 ff. = GewArch 2023, 466 Abs. 20 ff.: Frage der Abgrenzung zwischen Gaststätte, in der Spielgeräte aufgestellt werden, und Spielhalle, in der Speisen und Getränke serviert werden

- OVG Münster, 4 A 466/14 v. 10.11.2016 = GewArch 2017, 157 ff.: Abgrenzung zwischen Verkaufsraum einer Tankstelle und Gaststätte (Tankstellen-Bistro)

2. Spezialgesetzlich geregelte genehmigungsbedürftige Gewerbe

Auswahl:

- § 2 GastG: Kontrollerlaubnis für Gaststätten i.S.d. § 1 GastG (hierzu § 7 C des Kurses)
- § 12 ff. Prostitutiertenschutzgesetz: Prostitutionsgewerbe (nicht Prostitution selbst)
- § 1 HandwO: Eintragung in Handwerksrolle für selbständigen Betrieb zulassungspflichtiger Gewerbe (hierzu § 6 C des Kurses)
- § 2 PBefG: Genehmigungspflicht für (selbständige) Personenbeförderung mit Straßenbahn, Omnibus, KfZ im Linien- und Gelegenheitsverkehr
- § 4 EnWG: Erlaubnispflicht für Aufnahme des Betriebs eines Energieversorgungsnetzes
- § 32 KWG: Erlaubnispflicht für Betrieb von Bankgeschäften und Finanzdienstleistungen
- § 8 VAG: Erlaubnispflicht für Betrieb eines Versicherungsgewerbes

→ Problem: Abschließende Regelungen für gesamten Gewerbezweig?

2. Spezialgesetzlich geregelte genehmigungsbedürftige Gewerbe

Gewerberecht im Sozialrecht?

- **§ 43, § 44, § 45 , § 45a SGB VII:** Erlaubnispflicht für verschiedene Formen (auch entgeltlicher) Kinder- und Jugendbetreuung

  Siehe hierzu z.B. BVerwG, 5 C 1.16 v. 24.8.2017 = NVwZ-RR 2018, 190 ff.; OVG Bautzen, 4 B 173/17 v. 19.10.2017, Abs. 18 ff.; OVG Berlin-Brandenburg, 6 S 26/14 v. 3.7.2014 = NJW 2015, 184 ff.; OVG Koblenz, 7 D 10243/14.OVG v. 15.10.2014 = NJW 2015, 427 ff.; OVG Münster, 12 B 1966/21 v. 25.1.2022 = NVwZ-RR 2022, 767 ff.; OVG Saarlouis, 2 B 218/21 v. 14.11.2021 = NVwZ-RR 2022, 263 ff.; VG Karlsruhe, VG 8 K 3182/22 v. 28.3.2023 = NVwZ-RR 2023, 802 ff.

- Teilweise wohl Schwierigkeiten der zuständigen Jugendämter mit der Berücksichtigung der „Gewerbefreiheit“ in Zulassungsverfahren (vgl. VGH München, 12 CE 17.71 v. 2.2.2017, Abs. 29 ff.= BayVBl. 2017, 96 ff.: „Aufgabe des Staates ist nicht, optimale Bedingungen der Betreuung zu gewährleisten“)
- Bedenklich (wenn auch nachvollziehbar) vor diesem Hintergrund: VGH Mannheim, 12 S 675/19 v. 23.4.2019 = NJW 2019, 2715 ff.: Ob eine Kindeswohlgefährdung vorliegt, ist eine Frage der prognostischen Wahrscheinlichkeit, bei der nicht der strafrechtliche Grundsatz „in dubio pro reo“ Anwendung findet, sondern die Formel „in dubio pro infante“
- Subsidiäre Zuständigkeit der Gewerbeaufsicht?

III. Die Gewerbeuntersagung nach § 15 Abs. 2 GewO

§ 15 Abs. 2 GewO

Wird ein Gewerbe, zu dessen Ausübung eine Erlaubnis, Genehmigung, Konzession oder Bewilligung (Zulassung) erforderlich ist, ohne diese Zulassung betrieben, so kann die Fortsetzung des Betriebes von der zuständigen Behörde verhindert werden. Das gleiche gilt, wenn ein Gewerbe von einer ausländischen juristischen Person begonnen wird, deren Rechtsfähigkeit im Inland nicht anerkannt wird.

§ 15 Abs. 2 GewO

- steht an systematisch eher überraschender Stelle (nämlich nicht in Abschnitt II B des Titels II der Gewerbeordnung) und in unklarem Zusammenhang mit § 15 Abs. 1 GewO über die Bestandsbestätigung der Gewerbeanzeige nach § 14 GewO
- ermöglicht den Erlass einer nach Landes-Verwaltungsvollstreckungsrecht vollstreckbaren Untersagungsverfügung nach **Ermessen** der Verwaltung
- gilt nur für die Untersagung stehender Gewerbe

1. Tatbestandsvoraussetzungen des § 15 Abs. 2 GewO

- Der Gewerbetreibende muss das Gewerbe als **stehendes Gewerbe** betreiben (vgl. systematische Stellung des § 15 Abs. 2 GewO)
- Das Gewerbe muss zulassungsbedürftig sein
- Der Betrieb muss ohne die erforderliche Zulassung betrieben werden

1. Tatbestandsvoraussetzungen des § 15 Abs. 2 GewO

Die Erforderlichkeit einer Zulassung kann sich ergeben aus:

- der GewO selbst (z. B. §§ 30, 33a, 33c, 33d, 33i, 34 ff. GewO)
- aus **Sondergewerberecht**, soweit Genehmigung (zumindest auch) personenbezogen die Gewerbeausübung erlaubt und keine Spezialvorschrift (so z.B. § 16 Abs. 3 HandwO) besteht (VGH München, 22 CS 19.297 v. 22.3.2019, Abs. 18 ff. = GewArch 2019, 249 [für Erlaubnispflicht nach § 12 ProstSchG])
- aus bundesrechtersetzendem Landes-Gewerberecht: VGH Kassel, 8 B 1558/18 v. 26.10.2018, Abs. 15 ff.; OVG Lüneburg, 7 ME 91/17 v. 7.11.2017, Abs. 5 ff. = NVwZ-RR 2018, 229 ff (jeweils für Landes-Spielhallenerlaubnis)
- **nicht** aus anderen **Gesetzen nichtgewerberechtlicher Natur** (VGH Kassel, 8 TG 713/99 v. 2.2.2000 = NJW 2000, 2760: Fehlende Heilpraktikererlaubnis für Durchführung örtlicher Betäubung in Piercingstudio berechtigt nicht zur Untersagungsverfügung auf Grundlage des § 15 Abs. 2 GewO)

1. Tatbestandsvoraussetzungen des § 15 Abs. 2 GewO

Der Betrieb wird ohne Zulassung betrieben, wenn

- niemals eine erforderliche Gewerbeerlaubnis beantragt oder erteilt worden ist (s. z. B. OVG Münster, 4 B 672/18 v. 28.5.2019 = GewArch 2019, 364 ff.)
- eine Gewerbeerlaubnis zwar erteilt worden ist, der tatsächlich ausgeübte Gewerbebetrieb aber hiervon nicht (mehr) gedeckt ist (s. z. B. VG Stuttgart, 4 K 1929/08 v. 16.5.2008 = GewArch 2009, 215 ff: Faktischer Betrieb einer Diskothek in einer als Schankgaststätte genehmigten Gaststätte)
- eine erteilte Gewerbeerlaubnis aufgehoben (siehe hierzu § 3 C V des Kurses) oder auf andere Weise nach § 43 Abs. 2 LVwVfG unwirksam (z. B. Fristablauf, Eintreten einer auflösenden Bedingung) geworden ist
- eine erteilte Gewerbeerlaubnis von Anfang an unwirksam (z. B. nach § 44 LVwVfG nichtig) war (siehe für Fall der Nichtigkeit nach § 44 Abs. 2 Nr. 6 LVwVfG : BVerwG, 1 C 26/87 v. 30.1.1990, Abs. 10 ff. = BVerwGE 84, 314 ff.)

  Achtung: Nichtigkeitsverdikt schließt hier auch Vertrauensschadensersatz nach § 48 Abs. 3 LVwVfG aus!

2. Rechtsfolgen des § 15 Abs. 2 GewO

Untersagung nach § 15 Abs. 2 GewO ist Ermessensentscheidung:

- sowohl **Erschließungsermessen** als auch **Auswahlermessen** (ganz oder teilweise Untersagung)
- Ermessensentscheidung muss den **Zweck der Ermächtigung** und die **gesetzlichen Grenzen des Ermessens** berücksichtigen (§ 40 LVwVfG, § 114 Satz 1 VwGO)
- **Wichtigste Ermessensgrenze:** Verhältnismäßigkeitsprinzip (nächste Folien)

  Zum Verhältnismäßigkeitsprinzip als gesetzliche Grenze des Ermessens: BVerfG (K), 2 BvR 1487/17 v. 24.7.2017, Abs. 41 = NVwZ 2017, 1526 Abs. 41; BVerwG, 1 VR 3/17 v. 13.7.2017, Abs. 11 = NVwZ 2017, 1531, Abs. 11
- Dritte können einen Anspruch auf Untersagung nach § 15 Abs. 2 GewO (nur) haben, wenn das Erlaubniserfordernis gerade auch den Sinn hat, den Dritten (ggf. vor Konkurrenz) zu schützen – seltene Ausnahme (s. *Knauff*, GewArch 2021, 218 ff.)

2. Rechtsfolgen des § 15 Abs. 2 GewO

Typische Verhältnismäßigkeitsfragen bei Untersagungen nach § 15 Abs. 2 GewO

Variante 1: Betrieb ist formell und materiell illegal (Betrieb ist nicht genehmigt und kann auch nicht genehmigt werden).

- Ermessen ist i.d.R. im Hinblick auf das „Ob“ der Untersagung intendiert und Untersagung i.d.R. verhältnismäßig.

Variante 2: Betrieb ist formell illegal, der Antragsteller holt jedoch den Antrag nach und die materielle Genehmigungsfähigkeit ist offensichtlich gegeben.

- I.d.R. dürfte es unverhältnismäßig sein, das Gewerbe bis zur Genehmigungserteilung zu untersagen.

Variante 3: Betrieb ist formell illegal, der Antragsteller weigert sich jedoch eine Genehmigung zu beantragen, obwohl die materielle Genehmigungsfähigkeit offensichtlich gegeben ist.

- Ohne Antragsstellung kann Gewerbeerlaubnis nicht von Amts wegen erteilt werden, kommt also nicht als milderes Mittel gegenüber einer Gewerbeuntersagung in Betracht.

2. Rechtsfolgen des § 15 Abs. 2 GewO

Typische Verhältnismäßigkeitsfragen bei Untersagungen nach § 15 Abs. 2 GewO

Variante 4: Betrieb ist formell illegal, der Antragsteller holt jedoch den Antrag nach, jedoch erscheint die materielle Genehmigungsfähigkeit als zweifelhaft.

- Hier ist es i.d.R. nicht unverhältnismäßig, die Weiterführung des Gewerbes bis zur Entscheidung über den Antrag zu untersagen (vgl. z. B. OVG Lüneburg, 7 ME 32/18 v. 4.7.2018, Abs. 29 f. = NVwZ-RR 2018, 725 Abs. 21 f.; VG Neustadt a.d.W., 4 L 403/16.NW v. 14.6.2016, Abs. 30 ff. = GewArch 2016, 353 ff.)

Variante 5: Behörde hat einen Genehmigungsantrag des Gewerbetreibenden offensichtlich rechtswidrig abgelehnt.

- Hier kann eine Untersagung der Gewerbeausübung unverhältnismäßig sein, weil es kein erkennbares Interesse an der Durchsetzung der Genehmigungspflicht gibt – jedoch könnte man auch argumentieren, dass der Gewerbetreibende hier gegen die Genehmigungsverweigerung Rechtsmittel einlegen und im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 123 Abs. 1 VwGO eine vorläufige Gestattung der Aufnahme des Gewerbes hätte erstreiten müssen.

2. Rechtsfolgen des § 15 Abs. 2 GewO

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

„13. Ist für die Ausübung eines Gewerbes eine gewerberechtliche Zulassung […]. erforderlich und wird es ohne diese Zulassung betrieben, so rechtfertigt bereits die formelle Illegalität des Betriebs in der Regel dessen Untersagung nach § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO, es sei denn, die materielle Genehmigungsfähigkeit des Betriebes ist im Zeitpunkt der Entscheidung der Untersagungsbehörde derart offensichtlich gegeben, dass sie ohne weitere Prüfung erkennbar ist […]. **Zweck der in § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO normierten Ermächtigung ist es, den Erlaubnisvorbehalt zur Sicherung des Geschäftsverkehrs durchzusetzen, also die vorherige behördliche Prüfung der Erlaubnisfähigkeit der beabsichtigten Gewerbetätigkeit zu sichern und damit die mit einer unerlaubten Gewerbetätigkeit** - hier: unerlaubtes öffentliches Glücksspiel - **verbundenen Gefahren abzuwehren.** Liegt es nicht auf der Hand, dass die materielle Legalität vorliegt oder zumindest mit Nebenbestimmungen gesichert werden kann, ist die Untersagung zur Gefahrenabwehr erforderlich.“

IV. Hinterbliebenenprivileg (§ 46 GewO)

§ 46 GewO
Fortführung des Gewerbes

(1) Nach dem Tode eines Gewerbetreibenden darf das Gewerbe für Rechnung des überlebenden Ehegatten oder Lebenspartners durch einen nach § 45 befähigten Stellvertreter betrieben werden, wenn die für den Betrieb einzelner Gewerbe bestehenden besonderen Vorschriften nicht etwas anderes bestimmen.

(2) Das gleiche gilt für minderjährige Erben während der Minderjährigkeit sowie bis zur Dauer von zehn Jahren nach dem Erbfall für den Nachlaßverwalter, Nachlaßpfleger oder Testamentsvollstrecker.

(3) Die zuständige Behörde kann in den Fällen der Absätze 1 und 2 gestatten, daß das Gewerbe bis zur Dauer eines Jahres nach dem Tode des Gewerbetreibenden auch ohne den nach § 45 befähigten Stellvertreter betrieben wird.

Zweck des § 46 GewO (ähnlich: § 10 GastG, § 4 HandwO): Ermöglichung einer Weiterführung des Betriebes nach dem Tod des Gewerbetreibenden, obwohl Gewerbeerlaubnisse als „Personalkonzessionen“ oder „gemischte Konzessionen“ i.d.R. nicht rechtsnachfolgefähig sind (vgl. § 3 C I des Kurses)

IV. Hinterbliebenenprivileg (§ 46 GewO)

§ 46 GewO ist insbesondere von Bedeutung, wenn bestimmte Sachkunde-erfordernisse Voraussetzung der Genehmigungserteilung sind und die Hinterbliebenen über diese (noch) nicht verfügen.

- § 46 Abs. 3 GewO ermöglicht zunächst eine übergangsweise Weiterführung des Gewerbes durch die Hinterbliebenen (bzw. die Belegschaft des Betriebs)
- § 46 Abs. 1 und 2 GewO ermöglichen eine endgültige Lösung durch Bestellung eines Stellvertreters nach § 45 GewO, der über die erforderlichen Befähigungen verfügt: Die ursprünglich dem Gewerbetreibenden erteilte Gewerbeerlaubnis ändert kraft Gesetzes (ohne Zutun der Behörde) ihren Inhalt und geht auf die Hinterbliebenen in der Gestalt über, dass nun sie über die Gewerbeerlaubnis verfügen, solange sie einen befähigten Stellvertreter nach § 45 GewO mit dem Betrieb des Gewerbes betrauen
- § 46 Abs. 1 GewO ist erweiternd auf den Fall anzuwenden, dass der hinterbliebende Ehegatte/Lebenspartner selbst über die notwendigen Fähigkeiten verfügt und damit als „eigener Stellvertreter“ agieren kann

V. Aufhebung der Gewerbeerlaubnis wegen Unzuverlässigkeit

Grundsätze:

- Die Aufhebung einer Gewerbeerlaubnis richtet sich nach §§ 48 ff. LVwVfG, soweit keine vorgehende Spezialbestimmung (z.B. § 15 Abs. 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 GastG, § 23 ProstSchG, § 25 PBefG) besteht
- (Erst) nach Aufhebung der Gewerbeerlaubnis ist eine Schließungsverfügung gemäß § 15 Abs. 2 GewO möglich (siehe § 3 C III des Kurses)
- Bei Anordnung des Sofortvollzugs der Aufhebungsentscheidung ist Schließungsverfügung ggf. auch schon vor deren Bestandskraft möglich: vgl. VGH Mannheim, 6 S 2112/13 v. 10.12.2013, Abs. 39 ff. = NVwZ-RR 2014, 302, 303
- Beispiel für eine Prüfung einer Schließungsverfügung: VG Köln, 1 L 1741/23 v. 19.1.2024 = GewArch 2024, 126 ff.: Betriebsschließung mit Versiegelung nach Aufhebung einer Gaststättenerlaubnis für Shisha-Bar wegen Unzuverlässigkeit

V. Aufhebung der Gewerbeerlaubnis wegen Unzuverlässigkeit

Insbesondere: Aufhebung der Gewerbeerlaubnis wegen Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden nach §§ 48 ff. LVwVfG

- Möglichkeit der **Rücknahme** mit Wirkung ex tunc nach § 48 LVwVfG, wenn die Genehmigungserteilung wegen fehlerhafter Zuverlässigkeitsprognose von Anfang an rechtswidrig war

- Rücknahmeermessen kann wegen besonderer Gefährlichkeit unzuverlässiger Gewerbetreibender auf Null reduziert sein (OVG Weimar, 3 EO 559/22 v. 23.3.2023, Abs. 53 ff. = GewArch 2023, 386 Abs. 50 ff.

V. Aufhebung der Gewerbeerlaubnis wegen Unzuverlässigkeit

Insbesondere: Aufhebung der Gewerbeerlaubnis wegen Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden nach §§ 48 ff. LVwVfG

- Möglichkeit der **Rücknahme** mit Wirkung ex tunc nach § 48 LVwVfG, wenn die Genehmigungserteilung wegen fehlerhafter Zuverlässigkeitsprognose von Anfang an rechtswidrig war
- Wenn auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen heute von einer Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden auszugehen ist, kommt ein **Widerruf mit Wirkung für Zukunft** nach § 49 Abs. 2 Nr. 3 LVwVfG in Betracht

  VGH Mannheim, 6 S 2112/13 v. 10.12.2013, Abs. 32 ff. = NVwZ-RR 2014, 302, 303; VGH Manneim, 6 S 506/21 v. 8.6.2021, Abs. 5 ff. = GewArch 2021, 331 ff.; VGH München, 2 BV 13.1909 v. 20.2.2014, Abs. 17 ff. = NJW 2014, 2375 ff.; VGH München, 22 C 16.1107 v. 8.2.2017, Abs. 13 = GewArch 2018, 36 f.; VGH München, 22 CS 19.1417 v. 23.9.2019, Abs. 23 ff. = BayVBl. 2020, 164 ff.

- Widerruf mit Wirkung für Zukunft auch bei ursprünglich rechtswidrigen Verwaltungsakten nach § 49 Abs. 2 Nr. 3 LVwVfG möglich, aber nicht aus Gründen, die zur ursprünglichen Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes führten (BVerwG, 8 C 16/17 v. 19.8.2018, Abs. 13 ff. = BVerwGE 163, 102 Abs. 13 ff.)

V. Aufhebung der Gewerbeerlaubnis wegen Unzuverlässigkeit

Fallbearbeitung zur Aufhebung der Gewerbeerlaubnis wegen Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden nach §§ 48 ff. LVwVfG

Dort auch zur Frage, ob auch der **rechtswidrig gewordene Gewerbeerlaubnis** § 48 LVwVfG zurückgenommen werden kann

SaaRunner

© Ulrich Stelkens (Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer)

mit freundlicher Unterstützung der jurmatiX GbR, Ottweiler

In Verbindung bleiben mit Saarheim auf Facebook

Vor einigen Jahren hat *Rudi "Rambo" Rebhuhn* unter dem Namen "Saarcurity" in seiner Heimatstadt Saarheim ein Unternehmen gegründet, das Sicherheitsdienstleistungen i. S. des § 34a Abs. 1 Satz 1 GewO erbringt, da eine solche Betätigung seinen sportlichen Fähigkeiten und vor allem seiner, wie er findet, ausgeprägten Durchsetzungskraft gerecht wird. Insbesondere organisiert er für die Diskotheken- und Gaststättenbetreiber der Stadt Saarheim - vor allem für Heinz Hirsch und Lola Labelle - Türsteher- und Ordnerdienste, wobei er auch selbst (gegebenenfalls handgreiflich) im operativen Geschäft tätig wird. Dementsprechend hatte er rechtzeitig bei dem hierfür (nach § 1 und § 7 GewOZVO) zuständigen Oberbürgermeister der Stadt Saarheim - Gewerbeaufsichtsamt - eine Erlaubnis nach § 34a Abs. 1 Satz 1 GewO beantragt, nachdem er bei der IHK Saarland einen Kurs absolviert und die notwendigen Prüfungen bestanden hatte, so dass er auch die Nachweise nach § 34a Abs. 1 Satz 3 Nr. 3 GewO und § 34a Abs. 1a Satz 2 GewO verfügt. Da bei der Stadt Saarheim keine Zweifel an der Zuverlässigkeit

VI. Verhältnis zwischen Aufhebung der Gewerbeerlaubnis und Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO

§ 35 Abs. 8 GewO

Soweit für einzelne Gewerbe besondere Untersagungs- oder Betriebsschließungsvorschriften bestehen, die auf die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden abstellen, oder eine für das Gewerbe erteilte Zulassung wegen Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden zurückgenommen oder widerrufen werden kann, sind die Absätze 1 bis 7a nicht anzuwenden. […]

- § 35 Abs. 1 bis 7 GewO gelten (i.d.R.) nicht für genehmigungspflichtige Gewerbe (vgl. § 35 Abs. 8 GewO) – auch nicht ergänzend neben Widerruf der Gewerbeerlaubnis
- Neben dem Widerruf einer Erlaubnis kann z. B. nicht zugleich eine Gewerbeuntersagung für das erlaubnispflichtige Gewerbe und alle anderen Gewerbe ausgesprochen werden (OVG Münster, 4 B 601/16 v. 30.9.2016 = NVwZ-RR 2017, 233 f.; OVG Münster, 4 B 21/20 v. 30.4.2020, Abs. 22 ff. = NVwZ-RR 2021, 29 ff. [mit ausführlicher Begründung]; ferner OVG Münster, 4 B 1730/19 v. 30.4.2020, Abs. 4 ff. = GewArch 2020, 327 ff.)

VI. Verhältnis zwischen Aufhebung der Gewerbeerlaubnis und Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO

§ 35 Abs. 8 GewO

Soweit für einzelne Gewerbe besondere Untersagungs- oder Betriebsschließungsvorschriften bestehen, die auf die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden abstellen, oder eine für das Gewerbe erteilte Zulassung wegen Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden zurückgenommen oder widerrufen werden kann, sind die Absätze 1 bis 7a nicht anzuwenden. Dies gilt **nicht für die Tätigkeit als vertretungsberechtigte Person eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leitung des Betriebes oder einer Zweigniederlassung beauftragte Person** sowie für Vorschriften, die Gewerbeuntersagungen oder Betriebsschließungen durch strafgerichtliches Urteil vorsehen.

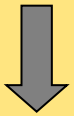
- Seit 2023 ist aber neben dem Widerruf einer Erlaubnis die Möglichkeit der Anordnung nach § 35 Abs. 7a GewO zu Lasten des Betriebsleiters etc. (hierzu § 3 B II 5 des Kurses) nunmehr möglich.
- Aber: Folgemaßnahmen gegenüber dem Erlaubnisinhaber des § 35 GewO sind nach wie vor nicht möglich.

  Hierzu *Heß*, GewArch 2023, 316 ff.

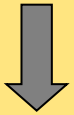
§ 15 Abs. 2 GewO – § 35 Abs. 1 GewO

Erlaubnispflichtiges Gewerbe

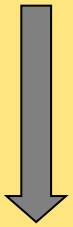
Aufhebung der Erlaubnis
grds. nach §§ 48 ff. LVwVfG



Illegalität



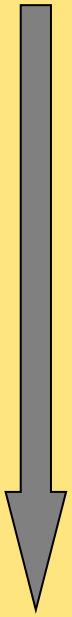
Schließungsverfügung
gemäß § 15 Abs. 2 GewO



Zwangsmittel

Erlaubnisfreies Gewerbe

Untersagung der Gewerbeausübung
nach § 35 Abs. 1 GewO



Zwangsmittel

VI. Verhältnis zwischen Aufhebung der Gewerbeerlaubnis und Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO

Besonderheiten im **Handwerksrecht** bzgl. des Verhältnisses von § 35 Abs. 1 GewO zu § 16 Abs. 3 S. 1 Handwerksordnung, weil die „Eintragung in die Handwerksrolle“ die einzige Gewerbeerlaubnis sein dürfte, die keine Zuverlässigkeitsprüfung, sondern ausschließlich einen Sachkundenachweis voraussetzt (vgl. § 6 D IV 2 des Kurses) – siehe hierzu Friseurgeschäfte-Fall

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:

VI. Verhältnis zwischen Aufhebung der Gewerbeerlaubnis und Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO

Vorliegen einer Gewerbeerlaubnis?		Gewerbeuntersagung nach
(-)		• § 15 Abs. 2 S. 1 GewO, soweit nicht Spezialvorschrift • § 35 Abs. 1 S. 1 GewO, wenn nicht Genehmigungsbedürftigkeit, sondern allein Unzuverlässigkeit maßgeblich für Behördenentscheidung
(+)	Zuverlässigkeitsprüfung Gegenstand der Gewerbeerlaubnis	• Widerruf vorrangig nach Spezialregelungen • Sonst § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG
	Zuverlässigkeit nicht Voraussetzung für Erteilung	• § 35 Abs. 1 S. 1 GewO (insbesondere im Handwerksrecht)

D) Überwachungsbedürftige Gewerbe (§ 38 GewO)

Fälle überwachungsbedürftiger Gewerbe (§ 38 Abs. 1 GewO):

- Nr. 1 An- und Verkaufsbetriebe des Gebrauchtwarenhandels
- Nr. 2 Auskunfteien und Detekteien
- Nr. 3 Vermittlung von Eheschließungen, Partnerschaften und Bekanntschaften
- Nr. 4 Reisebüros, Unterkunftsvermittlung
- Nr. 5 Vertrieb und Einbau von Gebäudesicherungseinrichtungen; Schlüsseldienste
- Nr. 6 Herstellen und Vertrieb von Einbruchswerkzeugen

Neue Anwendungsfälle überwachungsbedürftiger Gewerbe kraft Landesrechts:

BbgGastG, **HGastG**, **NGastG**, **SGastG**, **SächsGastG**, **GastG-LSA** **ThürGastG**: Entfallen der bisherigen personen- und raumbezogene Erlaubnispflicht (§ 2 GastG) und Ersetzung durch bloße Gewerbeanzeigepflicht unter vorheriger Zuverlässigkeitsprüfung im Falle eines beabsichtigten Alkoholausschanks (hierzu § 7 des Kurses)

D) Überwachungsbedürftige Gewerbe (§ 38 GewO)

Überwachungsbedürftige Gewerbe sind nicht-genehmigungsbedürftige Gewerbe, die allerdings besonders überwacht werden:

- zuständige Behörde hat unverzüglich nach Erstattung der Gewerbeanmeldung oder der Gewerbeummeldung nach § 14 GewO die Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden (unabhängig vom Bekanntwerden konkreter Anhaltspunkte für eine Unzuverlässigkeit zu überprüfen (§ 38 Abs. 1 S. 1 GewO)

  Aber: Wie bei „normalen“ nicht-genehmigungsbedürftigen Gewerben kann mit der Gewerbeausübung unabhängig vom Ablauf und Ergebnis der Überprüfung begonnen werden – stellt sich Unzuverlässigkeit heraus, erfolgt Untersagung „normal“ nach § 35 GewO

- Uneingeschränkte Geltung des § 29 GewO (Auskunft und Nachschau – hierzu § 10 A und B des Kurses)
- Verpflichtung zur Beibringung von Führungszeugnissen (§ 38 Abs. 1 S. 2 GewO)
- Besondere Buchführungspflichten nach Maßgabe des § 38 Abs. 4 GewO

D) Überwachungsbedürftige Gewerbe (§ 38 GewO)

Sonderfall des § 38 Abs. 2 GewO: Einholung von Registerauskünften

- Erweiterung auf andere als die in § 38 Abs. 1 GewO genannten Gewerbezweige bei entsprechendem Gefährdungspotential, Vorliegen einer konkreten Gefahr nicht notwendig, unabhängig von konkreten Verdachtsmomenten
- Maßgeblich: gewerbliche Tätigkeit, nicht Gewerbetreibender: Ganze *Gewerbezweige* können der Regelung § 38 Abs. 2 GewO unterstellt werden, so dass die zuständige Behörde bei jeder An- oder Ummeldung eines Gewerbes – unabhängig von Verdachtsmomenten im Einzelfall – die Vorlage eines Führungszeugnisses etc. verlangen kann

E) Öffentliche Bestellung von Sachverständigen (§ 36 GewO) und Versteigerern (§ 34b Abs. 5 GewO)

I. Öffentliche Bestellung von Sachverständigen (§ 36 GewO)

II. Öffentliche Bestellung von Versteigerern (§ 34b Abs. 5 GewO)

I. Öffentliche Bestellung von Sachverständigen (§ 36 GewO)

§ 36 GewO

Öffentliche Bestellung von Sachverständigen

(1) Personen, die als **Sachverständige auf den Gebieten der Wirtschaft** einschließlich des Bergwesens, der Hochsee- und Küstenfischerei sowie der Land- und Forstwirtschaft einschließlich des Garten- und Weinbaues tätig sind oder tätig werden wollen, sind auf Antrag durch die […] nach Landesrecht zuständigen Stellen **für bestimmte Sachgebiete öffentlich zu bestellen**, sofern für diese Sachgebiete ein **Bedarf an Sachverständigenleistungen** besteht, sie hierfür **besondere Sachkunde nachweisen** und **keine Bedenken gegen ihre Eignung** bestehen. Sie sind darauf zu vereidigen, daß sie ihre Sachverständigenaufgaben unabhängig, weisungsfrei, persönlich, gewissenhaft und unparteiisch erfüllen und ihre Gutachten entsprechend erstatten werden. Die öffentliche Bestellung kann inhaltlich beschränkt, mit einer Befristung erteilt und mit Auflagen verbunden werden.

(2) bis (5) […].

I. Öffentliche Bestellung von Sachverständigen (§ 36 GewO)

Öffentliche Bestellung

- ist begünstigender Verwaltungsakt
- ein „amtliches Gütesiegel“, das herausgehobenes öffentliches Vertrauen in besondere Sachkunde und Unparteilichkeit dokumentiert, die Zuerkennung einer besonderen Qualifikation (vgl. BVerfG, 1 BvR 298/86 v. 25.3.1992 = BVerfGE 86, 28, 37)
- Kann als Vorläufermodell für sog. „Zertifizierungsverfahren“ verstanden werden (s. a. auch *Bleutge*, GewArch 2021, 352 ff.).

Regelungsziel:

- Schnelle und einfache Auswahl von kompetenten und glaubwürdigen Fachleuten ohne Überprüfung der Qualifikation im Einzelfall (hierzu BVerfG, 1 BvR 298/86 v. 25.3.1992 = BVerfGE 86, 28, 42)
- Bevorzugte Heranziehung von öffentlich bestellten Sachverständigen nach § 404 Abs. 2 ZPO, § 73 Abs. 2 StPO, § 98 VwGO; § 610 HGB etc.
- Zum Leistungsbild und Nachwuchsproblemen *Bleutge*, GewArch 2021, 316 ff.

I. Öffentliche Bestellung von Sachverständigen (§ 36 GewO)

OVG Münster, 4 B 799/16 v. 6.4.2017, Abs. 11 = GewArch 2018, 39

„Nach § 36 Abs. 1 GewO können Personen auf den Gebieten der Wirtschaft nur dann als Sachverständige öffentlich bestellt werden, wenn sie besondere Sachkunde nachweisen und keine Bedenken gegen ihre Eignung ersichtlich sind. **Damit werden einem Sachverständigen mit der öffentlichen Bestellung diejenigen Eigenschaften amtlich bestätigt, die für seinen beruflichen Erfolg entscheidend sind: fachliche Kompetenz und persönliche Integrität. Daraus ergibt sich ein erheblicher Wettbewerbsvorsprung gegenüber denjenigen Sachverständigen, die auf keine staatliche Anerkennung ihrer Kompetenz verweisen können. Wer Sachverstand benötigt, wird sich im Zweifelsfall zunächst an öffentlich bestellte Sachverständige wenden.** Den Gerichten wird dies sogar in den Prozessordnungen ausdrücklich vorgeschrieben; sie sollen Gutachten nach Möglichkeit bei öffentlich bestellten Sachverständigen anfordern (§ 404 Abs. 2 ZPO; § 98 VwGO).“

I. Öffentliche Bestellung von Sachverständigen (§ 36 GewO)

Voraussetzungen I (hierzu ausführlich *Bleutge*, GewArch 2017, 266 ff.; *ders.*, GewArch 2019, 169 ff.; *ders.*, GewArch 2025, 147, 149 ff.)

- Abstraktes Bestellungsbedürfnis = prognostizierte Intensität der Nachfrage nach Sachverständigenleistungen

  hierzu VG Osnabrück, 2 A 80/17 v. 18.1.2018 = GewArch 2018, 197 ff. (verneint für Avionik [Luftfahrelektronik], wenn es ein Sachgebiet „Schäden und Bewertung von Luftfahrzeugen“ gibt); allgemein *Bleutge*, GewArch 2011, 287 ff.

- „auf dem Gebiete der Wirtschaft einschließlich des Bergwesens, der Hochsee- und Küstenfischerei sowie der Land- und Forstwirtschaft einschließlich des Garten- und Weinbaues“ – Begriff ist weit auszulegen (OVG Lüneburg, 7 LA 67/17 v. 8.3.2018, Abs. 9 ff. = GewArch 2018, 242, 243)

I. Öffentliche Bestellung von Sachverständigen (§ 36 GewO)

Voraussetzungen I (hierzu ausführlich *Bleutge*, GewArch 2017, 266 ff.; *ders.*, GewArch 2019, 169 ff.; *ders.*, GewArch 2025, 147, 149 ff.)

- Persönliche Eignung = Zuverlässigkeit:
  - VG Braunschweig, 1 A 95/10 v. 20.1.2011 = GewArch 2011, 159 ff. (Zweifel bei „Entgleisungen“);
  - VG Düsseldorf, 3 L 3733/17 v. 17.10.2017 = GewArch 2018, 471 ff. (unsachliche, diffamierende Ausführungen in Gutachten); VG Gelsenkirchen, 19 K 4272/16 v. 22.2.2017 = GewArch 2017, 207 ff.; (Straftat und wirtschaftliche Unzuverlässigkeit); VG Neustadt a.d.W., 4 L 512/10.NW = GewArch 2011, 214 ff. (Straftat)
  - VG Berlin, 4 K 59/25 v. 3.7.2025 = GewArch 2025, 385 ff.: Auftreten als öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger in der Öffentlichkeit und im Rechtsverkehr nach Ablauf der befristeten öffentlichen Bestellung

I. Öffentliche Bestellung von Sachverständigen (§ 36 GewO)

Voraussetzungen II (hierzu ausführlich *Bleutge*, GewArch 2017, 266 ff.; *ders.*, GewArch 2019, 169 ff., *ders.*, GewArch 2025, 147, 149 ff.)

- (Nur) Erfordernis besonderer Sachkunde, nicht „herausragenden Expertentums“

  OVG Lüneburg, 7 LA 79/08 v. 31.7.2009 = GewArch 2009, 452 ff.

- „Examen“ ist nicht zwingend, eine schlichte Zertifizierung oder unbeanstandete Berufsausübung reicht aber nicht aus

  OVG Bautzen, 3 A 834/11 v. 7.5.2013, Abs. 40 ff. = GewArch 2014, 24, 26 f.; OVG Schleswig, GewArch 2012, 206 ff.; OVG Münster, 4 B 799/16 v. 6.4.2017, Abs. 13 ff. = GewArch 2018, 39 f.; VG Berlin, 4 K 35.12 v. 30.9.2015 = GewArch 2016, 74 ff.; VG Schleswig, GewArch 2011, 310 ff.; OVG Lüneburg, 7 LA 67/17 v. 8.3.2018, Abs. 13 ff. = GewArch 2018, 242, 243 f.; VG Minden, 3 K 423/17 v. 4.9.2019 = GewArch 2020, 108 ff.; allgemein zum Prüfungsverfahren *Bleuthge*, GewArch 2014, 49, 51 ff.

- Kein Beurteilungsspielraum der Verwaltung:

  OVG Bautzen, 3 A 834/11 v. 7.5.2013, Abs. 49 = GewArch 2014, 24, 27; VG Düsseldorf, 20 K 4307/11 v. 20.9.2012, Abs. 71 = GewArch 2014, 171, Abs. 71

II. Öffentliche Bestellung von Versteigerern (§ 34b Abs. 5 GewO)

- Gesetzlich vorgesehen zur Durchführung bestimmter öffentlicher Versteigerungen (§ 383 Abs. 3, § 966 Abs. 2, § 1235 Abs. 1 BGB, § 373 Abs. 2, § 376 Abs. 3 HGB)
- Problem: Müssen die bestellten Auktionatoren auch eine Waren- und Branchenkenntnis nachweisen – oder bezieht sich das Sachkundeerfordernis nur auf das Versteigerungsverfahren? Hierzu: *Arens*, GewArch 2014, 22 ff.