

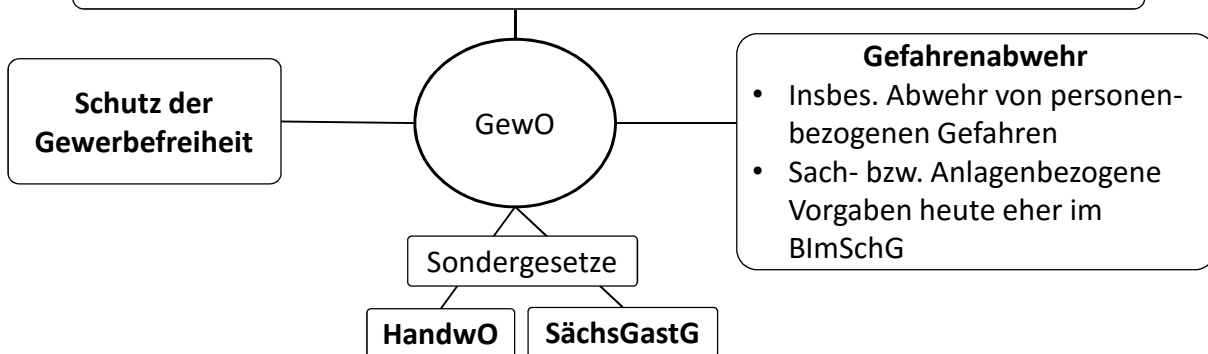
# Öffentliches Wirtschaftsrecht

## Gewerberecht

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

### Gewerberecht – Einführung

**Art. 74 Nr. 11 GG: Konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes**  
Aber nicht mehr: GaststättenR, Spielhallen, Messen, Ausstellungen, Märkte  
Fortgeltung nach Art. 125a I GG, sofern noch kein Landesgesetz erlassen wurde.



## Gewerberecht – Gewerbebegriff

Ein Gewerbe im Sinne der GewO ist jede erlaubte, auf Gewinnerzielung gerichtete und auf Dauer angelegte selbstständige Tätigkeit, ausgenommen Urproduktion, freie Berufe und bloße Verwaltung des eigenen Vermögens.

### 1. Erlaubte Tätigkeit

- zB nicht: Leihmutterchaft
- P.: Sozial-schädliche Tätigkeit → über Art. 12 GG lösen

### 2. Gewinnerzielungsabsicht

- Überschuss muss bezweckt sein
- Bagatellgrenze
- Auch (+), wenn Gewinn anderen zu Gute kommen soll
- (-) bei gemeinnützigem Zweck → Schwierige Abgrenzung!

### 3. Dauerhaftigkeit

- Wiederholungs- und Fortsetzungsabsicht
- Saisonale Unterbrechungen schaden nicht.

### 4. Selbstständigkeit

- im eigenen Namen und/oder auf eigene Rechnung
- eigenverantwortlich (Weisungsfreiheit)
- Schutzzweck der GewO gebietet weite Auslegung

3

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

## Gewerberecht – Gewerbebegriff

### Ausnahmen (vgl. § 6 GewO):

- Urproduktion
  - Gewinnung von rohen Naturerzeugnissen iVm Grund & Boden + geringfügige Direktvermarktung
  - Fischerei, Viehzucht (nicht bei Fremdfutterbasis), Bergwesen, Land- und Forstwirtschaft, Weinbau, Jagd etc.
- freie Berufe
  - Freie wissenschaftliche, künstlerische und schriftstellerische Tätigkeiten höherer Art
  - Persönliche Dienstleistungen höherer Art (zB Steuerberater, Rechtsanwälte, Ärzte)
- bloße Verwaltung des eigenen Vermögens
  - Schutzzweck der Abwehr gewerbespezifischer Gefahren greift nicht.
  - Nicht: Wiederkehrende Vermietung zahlreicher Eigentumswohnungen

4

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

## Gewerberecht – Fall

Frau Schlau (S) vermietet jedes Jahr zum Deichbrand-Festival ein Wiesengrundstück von 1 ha Fläche sowohl an „Greencamper“ als auch an „Luxuscamper“ (mit Stromanschluss und täglicher Reinigung der Dusch- und Toilettenwägen). Für die „Greencamper“ berechnet sie für die drei Tage 250 Euro pro Campingplatz (50 m<sup>2</sup>) und für die „Luxuscamper“ 500 Euro pro Campingplatz (100 m<sup>2</sup>). Nach einer Anhörung erhält sie ein begründetes Schreiben von der zuständigen Behörde, dass sie ihr Gewerbe anmelden möge. S ist dazu nicht bereit. Sie hält den Bescheid für rechtswidrig.

Wie ist die Rechtslage?



5

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

## Gewerberecht – Fall

### I. Ermächtigungsgrundlage

§ 14 I 1 GewO

### II. Formelle Rechtmäßigkeit

1. Zuständigkeit (+)
2. Verfahren (§ 28 I VwVfG)
3. Form (§ 39 VwVfG)

### III. Materielle Rechtmäßigkeit

Stehendes Gewerbe iSd § 14 I 1 GewO?

6

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

## Gewerberecht – Fall

1. Erlaubte Tätigkeit
2. Gewinnerzielungsabsicht
3. Dauerhaftigkeit  
Hier nur kurze Zeit im Jahr, aber Saisonbetrieb, mit ganz erheblichen Umsätzen (bis zu 50.000 Euro). Wegen der Regelmäßigkeit (+)
4. Selbstständigkeit
5. Gewerbsfähigkeit
  - a. Keine Urproduktion
  - b. Kein freier Beruf
  - c. Keine bloße Verwaltung eigenen Vermögens  
Hier: Vermietung von Grundbesitz. Aber Gesamtbild der Betätigung erscheint vergleichbar mit Beherbergungsbetrieb

7

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

## Gewerberecht – Gewerbefreiheit

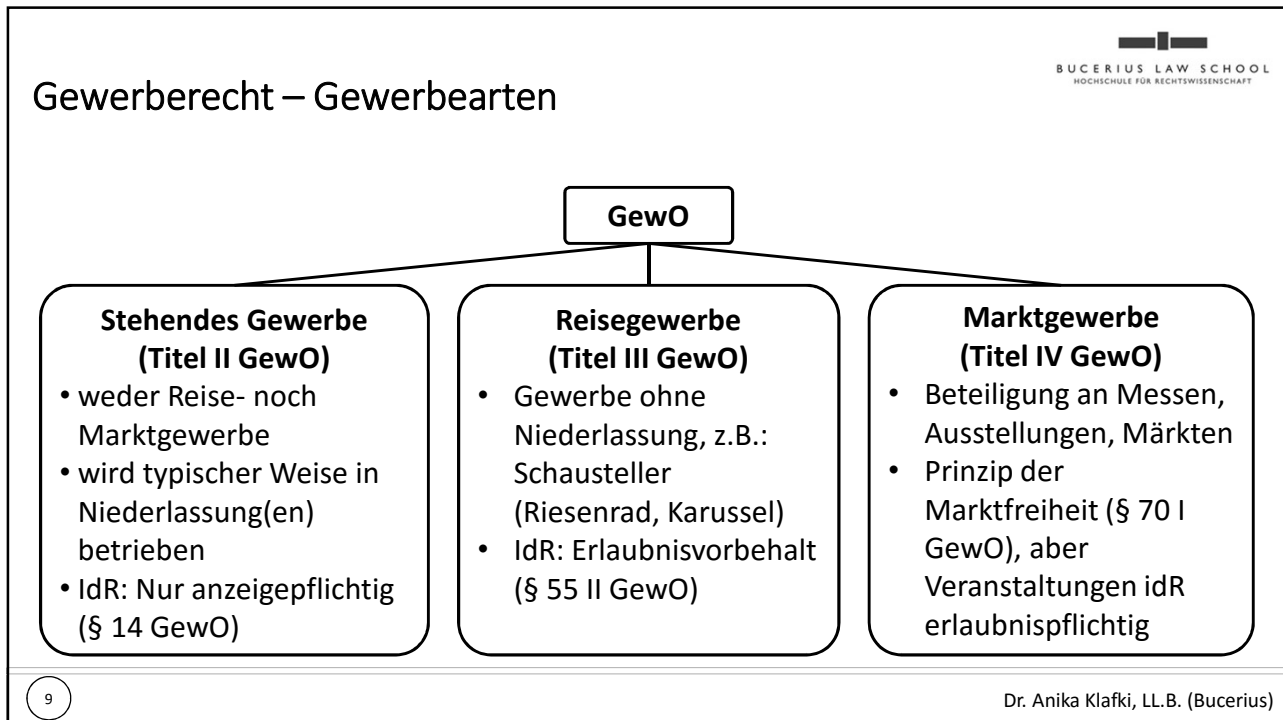
### § 1 I GewO: Gewerbefreiheit

#### Subj. öffentliches Recht

- Gilt anders als Art. 12 GG auch für Ausländer!
- Betrifft nur Gewerbezulassung („Ob“)
- Schranken sind in GewO und in anderen Gesetzen zulässig (zB gewerberechtliche Nebengesetze)

8

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)



BUCERIUS LAW SCHOOL  
HOCHSCHULE FÜR RECHTSWISSENSCHAFT

## Gewerberecht – Stehendes Gewerbe (§§ 14 ff. GewO)

**Normaler Weise: Nur Anzeigepflicht nach § 14 GewO**

**Ausnahmsweise erlaubnispflichtig nach §§ 30 ff. GewO**

- Privatkankeenanstalten (§ 30 GewO), Schaustellungen von Personen (§ 33a), best. Spiele mit Gewinnmöglichkeiten (§§ 33c ff. GewO), Pfandleih-, Bewachungs-, Versteigerungsgewerbe (§§ 34 ff. GewO); Makler, Bauträger /-betreuer (§ 34c GewO)
- Zulassung: Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt
  - Anders als bei einem repressivem Verbot mit Befreiungsvorbehalt steht Gewerbetreibenden bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ein Anspruch auf die Zulassung zu (kein Ermessen). Beachte § 6a GewO!
  - Versagung begründet Grundrechtseingriff (Art. 12 GG)
  - Nebenbestimmungen nur unter Voraussetzungen des § 36 I VwVfG

10
Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

## Gewerberecht – Stehendes Gewerbe (§§ 14 ff. GewO)

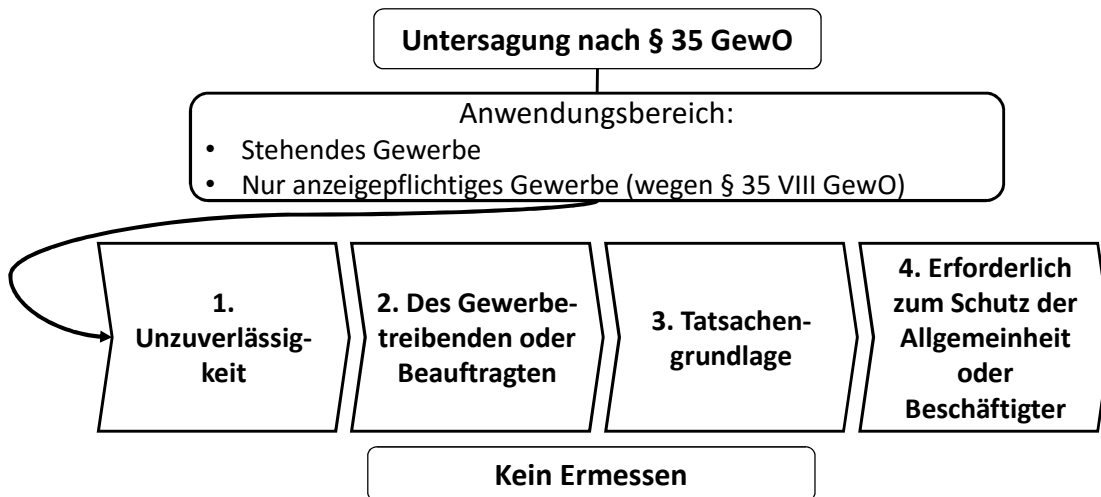
- Voraussetzung für die Zulassung nach §§ 30 ff GewO
  - Persönliche Eigenschaften (vgl. §§ 30 I, 33a II, 33c II GewO) → sog. Personalkonzession
  - Insbesondere „Zuverlässigkeit“ (vgl. § 35 GewO)
- Ausnahmen von Erlaubnisbedürftigkeit wegen Dienstleistungsrichtlinie in § 4 GewO, wenn Gewerbetreibender aus anderem Mitgliedsstaat der EU aus tätig wird.
- Stilllegungsmöglichkeit nach § 15 II GewO, wenn Gewerbe ohne erforderliche Zulassung betrieben wird.
  - Stilllegung wg formeller Illegalität ist nur dann ermessensfehlerfrei, wenn Gewerbetreibender zuvor zur Beantragung der Zulassung aufgefordert wurde.
- Aufhebung einer Zulassung
  - Spezialvorschriften (zB § 33d IV, V GewO)
  - Oder: §§ 48, 49 VwVfG

## Gewerberecht – Stehendes Gewerbe (§§ 14 ff. GewO)

### Grundsatz: Anzeigepflicht (§ 14 GewO)

- Anzeigepflicht dient der Überwachung der Gewerbeausübung
- Macht Gewerbetreibender seiner Anzeigepflicht nicht nach, kann Behörde ihn dazu auffordern (VA)
- Verletzung der Anzeigepflicht ist eine Ordnungswidrigkeit (§ 146 II Nr. 2 GewO), rechtfertigt aber keine Untersagung (arg. e contrario § 15 II GewO)
- Anzeige wird von Behörde nach § 15 I GewO bestätigt (Gewerbeschein, kein VA)

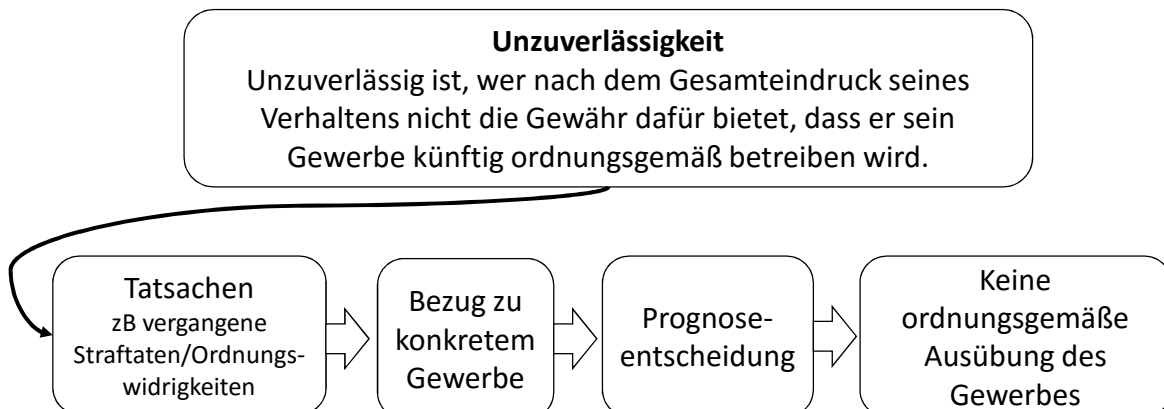
## Gewerberecht – Stehendes Gewerbe (§§ 14 ff. GewO)



13

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

## Gewerberecht – Stehendes Gewerbe (§§ 14 ff. GewO)



14

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

## Gewerberecht – Stehendes Gewerbe (§§ 14 ff. GewO)

### Adressat der Untersagungsverfügung

- Gewerbetreibender, § 35 I 1 GewO
- Akzessorische Erstreckung auf Vertretungsberechtigte und Leitende möglich, § 35 I 2 GewO
- Eigenständige Untersagung ggü. Vertretungsberechtigten oder leitenden Personen nach § 35 VIIa GewO, sofern Untersagungsverfahren gegen Gewerbetreibenden eingeleitet wurde (gelockerte Akzessorietät)  
→ Ggf. milderer Mittel als Untersagungsverfügung gegen Gewerbetreibenden

### Geltung der Untersagung

- Ganzes Bundesgebiet
- Zeitlich unbeschränkt
- Möglichkeit eines Wiedergestattungsverfahrens (§ 35 VI GewO)

15

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

## Gewerberecht – Stehendes Gewerbe (§§ 14 ff. GewO)

### Untersagungsverfahren

- Anhörungspflicht (§ 35 IV GewO)  
Ggf. Heilung nach § 45 I Nr. 3 VwVfG oder Unbeachtlichkeit nach § 46 VwVfG
- Gewerbetreibenden trifft Auskunftspflicht nach § 29 I Nr. 4, III GewO

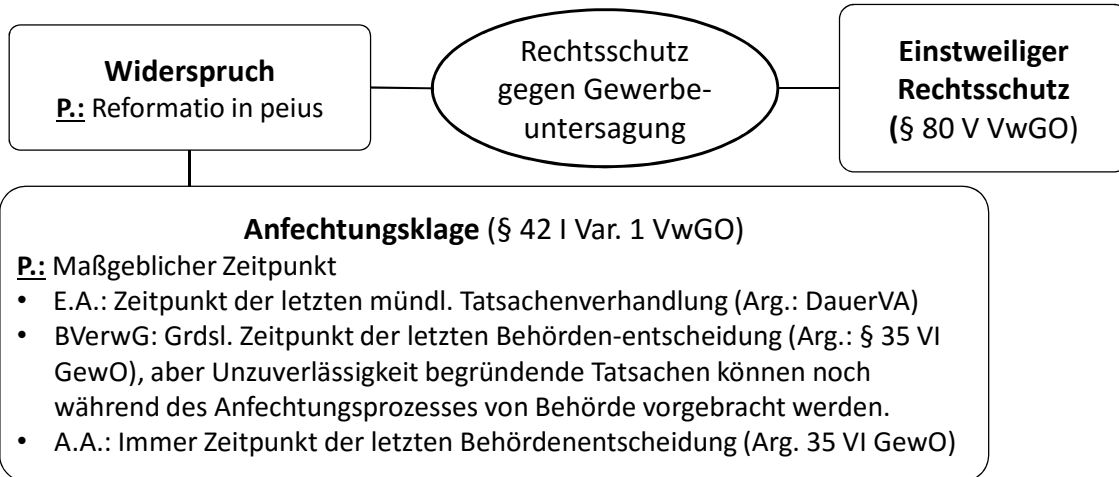
Sobald Bescheid unanfechtbar geworden ist: Eintragung in das **Gewerbezentralregister** (§ 149 I GewO)

16

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)



## Gewerberecht – Stehendes Gewerbe (§§ 14 ff. GewO)



17

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

## Wirtschaftsverwaltungsrecht – Fall

Frau A betreibt einen Gebrauchtwagenhandel und beschäftigt dabei 7 Arbeitnehmer. Die Geschäftsführung überlässt sie weitgehend ihrem Freund F. Die zuständige Behörde untersagt A nach Anhörung die Weiterführung des Betriebs sowie den Betrieb aller anderen Gewerbe, weil sie und F unzuverlässig seien. A hat wiederholt die fälligen Sozialversicherungsabgaben für die Angestellten nicht abgeführt. F hat einige Male – wenn auch vor mehr als einem Jahr – Kunden durch falsche Angaben zum Kauf veranlasst. A erhebt nach erfolglosem Widerspruchsverfahren Klage und bezahlt mit Einreichung der Klage alle fälligen Sozialversicherungsbeiträge. A meint, Fs Verhalten dürfe ihr nicht angelastet werden; sie habe davon nichts gewusst. Auf keinen Fall dürfe ihr die gewerbliche Betätigung „total“ verboten werden.

Ist die Klage der A begründet?



18

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

## Wirtschaftsverwaltungsrecht – Fall

### A. Rechtswidrigkeit der Gewerbeuntersagung

#### I. Ermächtigungsgrundlage, § 35 I GewO

#### II. Formelle Rechtmäßigkeit

1. Zuständigkeit (+)
2. Verfahren, § 28 I VwVfG (+)
3. Form, § 39 VwVfG (+)

#### III. Materielle Rechtmäßigkeit

1. Stehendes Gewerbe gem. § 14 GewO
2. Unzuverlässigkeit der A

Unzuverlässig ist, wer nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreiben wird. Tatsache, Sozialabgaben nicht zu bezahlen, begründet Unzuverlässigkeit.

## Wirtschaftsverwaltungsrecht – Fall

Aber: A hat Sozialabgaben nun gezahlt

- Rspr.: Keine Berücksichtigung begünstigender Tatsachen (arg.: § 35 VI 1 GewO)
- HL: DauerVA, daher sind Tatsachen bis zur letzten mündlichen Verhandlung zu berücksichtigen!

Aber: Nachträgliche Zahlung beseitigt Unzuverlässigkeit nicht.

#### 3. Unzuverlässigkeit des F

Unzuverlässig ist, wer nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreiben wird. (+) wegen Verkaufspraktiken, noch nicht so lange her, dass es irrelevant ist.

## Wirtschaftsverwaltungsrecht – Fall

4. Gewerbeuntersagung zum Schutz der Allgemeinheit erforderlich  
Sowohl die Unzuverlässigkeit der A als auch des F bergen Gefahren für die Allgemeinheit.  
Verhältnismäßig? A hat noch die Möglichkeit, nach § 35 II GewO sich die Gewerbebefortführung durch einen zuverlässigen Stellvertreter gestatten zu lassen.  
Daher (+)

IV. Erg: Die Gewerbeuntersagung ist rechtmäßig und die Anfechtungsklage folglich unbegründet.

# PAUSE

## Gewerberecht – Reisegewerbe (§§ 55 ff. GewO)

### Reisegewerbe: Definition in § 55 I GewO

- **Im Reisegewerbe verbotene Tätigkeiten:** § 56 GewO (Zweck: Verbraucherschutz)
- **Ausnahmsweise erlaubnisfreie Tätigkeiten:** §§ 55a f. GewO, § 4 I GewO
- **Regelfall:** Reisegewerbekarte (=Erlaubnis) erforderlich (§ 55 II GewO)
  - Die Reisegewerbekarte ist zu erteilen, sofern nicht Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Antragssteller unzuverlässig ist (§ 57 GewO)
  - Nebenbestimmungen sind nach § 55 III GewO zulässig zum Schutz der Allgemeinheit oder der Verbraucher
  - Pflicht zum Mitführen der Reisegewerbekarte (§ 60c GewO)

## Gewerberecht – Reisegewerbe (§§ 55 ff. GewO)

- **Verhinderung des Gewerbes**  
Verletzt Reisegewerbetreibender Vorschriften der GewO, kann gem. § 60d das Gewerbe verhindert werden (entspricht § 15 II GewO)
- **Entzug der Reisegewerbekarte**
  - Mangels spezieller Vorschriften auf Grundlage von §§ 48, 49 VwVfG
  - Antrag auf erneute Erteilung kann jederzeit gestellt werden (§ 35 VI 2 GewO gilt nicht!)

## Gewerberecht – Marktgewerbe (§§ 64 ff. GewO)

### • Anwendungsbereich

- Messen und Ausstellungen (§§ 64 f. GewO)
- Großmärkte und Wochenmärkte (§§ 66 f. GewO)
- Spezial- und Jahrmärkte (§ 68 GewO)
- Teilweise werden die Vorschriften auch auf **Volksfeste nach § 60 b GewO** angewandt  
 Unterschied zu Jahrmärkten: Leistungsangebot hat auch unterhaltenden Charakter und ist nicht auf Feilbieten von Waren beschränkt

- **Erlaubnispflicht der Veranstaltung:** Nach § 69 GewO bedarf eine solche Veranstaltung eine **Festsetzung** seitens der Behörde auf Antrag des Veranstalters

25

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

## Gewerberecht – Marktgewerbe (§§ 64 ff. GewO)

### Rechtsnatur

- Für Veranstalter: begünstigender VA
- Für Marktteilnehmer (str.)
  - E.A. Doppelnatur der Festsetzung (VA ggü. Veranstalter, Allgemeinverfügung ggü. Allgemeinheit)
  - A.A. Nur VA ggü. Veranstalter

Festsetzung  
(§ 69 GewO)

### Voraussetzungen

- Festsetzung wenn kein Ablehnungsgrund (§ 69a I GewO) vorliegt.
- Veranstaltung iSd §§ 64-68 GewO
  - Antragssteller oder Veranstaltungsleiter zuverlässig
  - Veranstaltung widerspricht nicht öffentlichem Interesse
  - Auflagen: § 69a II GewO

26

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

## Gewerberecht – Marktgewerbe (§§ 64 ff. GewO)

- **Anspruch auf Festsetzung**
  - Nur Veranstalter (Antragssteller)
  - Nicht Marktteilnehmer oder Besucher
- **Wirkung der Festsetzung für Veranstalter**
  - Marktprivilegien. ZB Freistellungen von arbeitsrechtl. Schutzbestimmungen (Feiertagsgesetze), Ladenschlusszeiten.
  - Messen, Ausstellungen und Märkte können auch ohne Festsetzung veranstaltet werden, dann gelten aber die strengeren Bestimmungen des Reisegewerbes bzw. stehenden Gewerbes.
  - Festsetzung begründet ggf. nach § 69 II GewO Durchführungspflicht
  - Veranstalter darf nach § 71 GewO Vergütung verlangen

27


Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

## Gewerberecht – Marktgewerbe (§§ 64 ff. GewO)

- **Wirkung der Festsetzung für Teilnehmer (Marktprivilegien)**
  - Teilnahmefreiheit (§ 70 I GewO): Subj. Recht auf Teilnahme ohne Anzeige oder Erlaubnis ggü. Behörde (aber ggf. ggü. Veranstalter)
  - Beschränkung des Teilnehmerkreises nach § 70 II, III GewO
    - Beschränkung auf bestimmte Gruppen (§ 70 II GewO)
    - Auswahl einzelner Teilnehmer wegen Platzmangels (§ 70 III GewO)
      - Auswahl muss nach sachlich gerechtfertigten Gründen erfolgen!
      - Anspruch auf Kapazitätsausschöpfung, aber nicht auf Kapazitätserweiterung
- **Änderung/ Aufhebung der Festsetzung, § 69b GewO**  
 Die Aufhebungsgründe des § 69b II GewO sind abschließend.

28

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

  
 BUCERIUS LAW SCHOOL  
 HOCHSCHULE FÜR RECHTSWISSENSCHAFT

## Gewerberecht – Marktgewerbe (§§ 64 ff. GewO)

**Formelle Kriterien**


- Prioritätsprinzip
- Losverfahren
- Rollierendes System mit turnusmäßiger Berücksichtigung

**Mögliche Auswahlkriterien**  
(§ 70 III GewO)

**Materielle Kriterien**

- Attraktivität des Standes
- Qualität
- Bekannt und bewährt?  
Darf nicht alleiniges Kriterium sein, da neue Bewerber sonst keine Teilnahmemöglichkeit haben

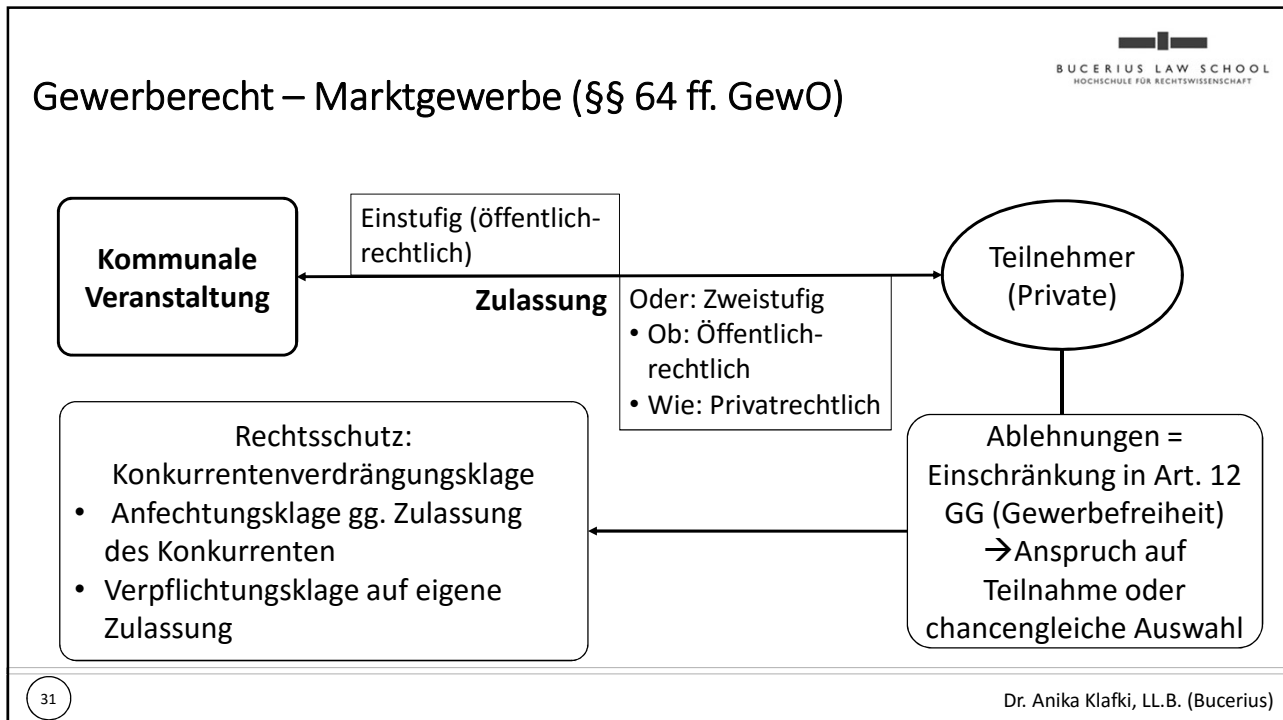
29
Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

  
 BUCERIUS LAW SCHOOL  
 HOCHSCHULE FÜR RECHTSWISSENSCHAFT

## Gewerberecht – Marktgewerbe (§§ 64 ff. GewO)

- **Rechtsnatur des Teilnahmeanspruchs nach § 70 I GewO**  
 → öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich?
  - Wenn Privater das Marktgewerbe veranstaltet: Privatrechtlich  
Klage auf Teilnahme → Ordentliche Gerichte
  - Wenn Kommune Marktgewerbe veranstaltet: Öffentlich-rechtlich  
Klage auf Teilnahme → Verwaltungsgerichte

30
Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)



**BUCERIUS LAW SCHOOL**  
HOCHSCHULE FÜR RECHTSWISSENSCHAFT

## Gewerberecht – Fall

Frau A betreibt ein Riesenrad und möchte damit gerne an der Dresdner Vogelwiese teilnehmen. Ihr Antrag wird mit der Begründung abgelehnt, es sei nicht genug Raum für alle Schausteller. Es hätten sich außer ihr noch zwei andere Riesenradbetreiber B und C beworben. Man hätte sich für diese Bewerber entschieden, da sie bereits „bekannt und bewährt“ seien. Außerdem sei A ohnehin ausgeschlossen worden, da ihr Mann M auf dem Volksfest bereits eine Würstchenbude betreibe. A erhebt nach erfolglosem Widerspruchsverfahren Anfechtungsklage. Sie macht zutreffender Weise geltend, dass ihr Riesenrad neuer ist als die von B und C und wegen Vogelmotiven optisch besser zu der Veranstaltung passt.

Ist die Anfechtungsklage begründet?  
Was ist ihr prozessual zu raten?

32

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)



## Gewerberecht – Fall

Frage 1:

Die Anfechtungsklage ist begründet, wenn der ablehnende Verwaltungsakt rechtswidrig ist und A in ihren Rechten verletzt.

A. Rechtswidrigkeit des VA

I. Ermächtigungsgrundlage, § 70 III GewO

II. Formelle Rechtmäßigkeit

1. Zuständigkeit (+)

2. Verfahren

§ 28 I VwVfG?

Anhörung erforderlich, da grds. Teilnahmeanspruch nach § 70 I GewO besteht. Hier nicht erfolgt. Aber: Heilung nach § 45 I Nr. 3 VwVfG durch Widerspruchs-verfahren (str.)

3. Form, § 39 VwVfG (+)

33

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

## Gewerberecht – Fall

III. Materielle Rechtmäßigkeit

1. Anspruchsberechtigung der A

§ 70 I GewO? (-), da Platzmangel besteht.

Aber nach § 70 III GewO Anspruch auf ermessensfehlerfreie Auswahl.

2. Ausschluss wegen Ehemann berechtigt?

(-) Widerspricht Art. 6 GG.

3. Ermessensfehlerfrei Entscheidung?

Kriterium „bekannt und bewährt“ grundsätzlich zulässig, aber nicht als einziges Kriterium, da sonst die der Marktfreiheit immanente Zulassungschance von Neubewerbern faktisch ausgehebelt wird. Attraktivität des Angebots sollte zumindest auch berücksichtigt werden.

Daher Ermessensfehlergebrauch.

B. Rechtsverletzung der A

(+), § 70 III GewO vermittelt ein subjektiv-öffentliches Recht auf ermessensfehlerfreie Auswahl.

Erg.: Anfechtungsklage ist begründet.

34

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

## Gewerberecht – Fall





### Frage 2:

Der A sollte neben der Anfechtungsklage zu einer Verpflichtungsklage auf Zulassung zum Markt geraten werden. Da A hier das attraktivste Angebot hatte, wäre eine gleichzeitige Verpflichtungsklage auf Zulassung spruchreif und erfolgreich, da bei der Auswahlentscheidung eine Ermessensreduzierung auf Null gegeben ist.

35

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)

## Gewerberecht – Wiederholungsfragen

- Welche Gewerbearten gibt es und wo sind sie geregelt 
- Wie definiert man den Begriff „Gewerbe“ 
- Unter welchen Voraussetzungen darf ein stehendes Gewerbe untersagt werden 
- Wie kann sich ein Marktteilnehmer gegen eine für ihn negative Auswahlentscheidung zur Wehr setzen 

36

Dr. Anika Klafki, LL.B. (Bucerius)