

# Wirtschaftsverwaltungsrecht

## § 2 Gewerberecht der Gewerbeordnung

Univ.-Prof. Dr. Ulrich Stelkens

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,  
insbesondere deutsches und europäisches  
Verwaltungsrecht



# § 2 Gewerberecht der Gewerbeordnung

- A) Grundsatz der Gewerbefreiheit (§ 1 GewO)
- B) Gewerbebegriff
- C) Stehendes Gewerbe (§§ 14 ff. GewO)**
  - I. (Nur) Anzeigepflichtige Gewerbe
  - II. Genehmigungsbedürftiges Gewerbe**
  - III. Überwachungsbedürftiges Gewerbe (§ 38 GewO)**
  - IV. Öffentliche Bestellung von Sachverständigen (§ 36 GewO) und Versteigerern (§ 34b Abs. 5 GewO)**
- D) Reisegewerbe (§§ 55 ff. GewO)
- E) Marktgewerbe (§ 60b, §§ 64 ff. GewO)
- F) Gewerberecht für EU-Ausländer
- G) Verwaltungsverfahrenrechtliche Besonderheiten im Gewerberecht

## **II. Genehmigungsbedürftiges Gewerbe**

- 1. Konzessionsmodelle**
- 2. Fälle konzessionsbedürftiger Gewerbe**
- 3. Rechtsfolgen des Fehlens einer Gewerbekonzession**
  - a) Gewerbeuntersagung (§ 15 Abs. 2 GewO)
  - b) Hinterbliebenenprivileg (§ 46 GewO)
- 4. Aufhebung der Gewerbekonzession / Untersagung wegen Unzuverlässigkeit (§ 35 Abs. 8 GewO)**
- 5. Genehmigungsbedürftige Gewerbe und Anzeige nach § 14 GewO**

## II. Genehmigungsbedürftiges Gewerbe

### 1. Konzessionsmodelle: 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 Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG)
- Nebenbestimmungen nur, wenn gesetzlich vorgesehen (§ 36 Abs. 1 VwVfG)
- Bsp.: § [33i Abs. 1 Satz 2](#) GewO (Spielhallenerlaubnis)

#### 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

## II. Genehmigungsbedürftiges Gewerbe

### 1. Konzessionsmodelle: 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 = zumeist gemischte Konzessionen**

deutlich: [§ 3 Abs. 1 Satz 1](#), [§ 4 Abs. 1](#) GastG

## II. Genehmigungsbedürftiges Gewerbe

### 2. Fälle konzessionsbedürftiger Gewerbe

Grundsatz der Gewerbefreiheit (§ 1 GewO): **Keine Genehmigungspflicht**, soweit nichts anderes gesetzlich bestimmt ist

#### a) Genehmigungsbedürftigkeit nach GewO

aa) Privatkrankenanstalten (§ 30 GewO)

bb) Schaustellung von Personen (§ 33a GewO)

cc) § 33c bis § 33i GewO: Spielhallen, Spielgeräte, etc.

dd) Sonstige Fälle: § 34 bis § 34c GewO

#### b) Spezialgesetzlich geregelte genehmigungsbedürftige Gewerbe

## a) Genehmigungsbefähigung nach GewO

### *Privatkrankenanstalten ([§ 30 GewO](#))*

- Gemischte Konzession
- Schutz vor Gefahren, die sich aus Eingliederung der Patienten in betriebliches Organisationsgefüge ergeben
- Schutz der Allgemeinheit vor durch nicht ordnungsgemäße Führung, Einrichtung oder Lage einer Privatklinik bewirkten Gefahren
- Keine Kontrolle ärztlicher Leistungen selbst, da Tätigkeit des Arztes als persönliche Dienstleistung höherer Art nicht dem Gewerbebegriff unterfällt und Ausübung ärztlicher und anderer Heilberufe grds. vom Anwendungsbereich der GewO ausgenommen (vgl. § 6 Abs. 2 GewO)

## a) Genehmigungsbefähigung nach GewO

### *Schaustellung von Personen* ([§ 33a GewO](#))

Näheres hierzu: [Peepshow-Fall m. w. N.](#)

- Gemischte Konzession
- Gilt nicht für echte „Darbietung“ (Kunst, Akrobatik, Sport), § 33a Abs. 1 Satz 2 GewO
- Abgrenzung: künstlerische Darbietung – geschlechtsbezogene Darbietung: Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung der grundrechtlich gewährleisteten Kunstfreiheit Art. 5 Abs. 3 GG; keine generalisierenden Aussagen; Abstellen auf Gesamtcharakter der Veranstaltung (FG Baden-Württemberg, EFG 2005, 911 ff. [California Dream Boys]; VGH München, GewArch 1984, 61 [Frauenschlammringkämpfe]; VG Neustadt, NVwZ 1993, 98, 99 [Zwergenwerfen]).
- **Gesetzgebungskompetenz:** [Art. 74 Abs. 1 Nr. 11](#) n. F. i.V.m. Art. 125a Abs. 1 GG (bisher keine Änderungen auf Landesebene geplant).

## a) Genehmigungsbefähigung nach GewO

§ 33c bis § 33i GewO: Spielhallen, Spielgeräte, etc. („gewerbliches Spielrecht“)

- Leitgedanke: Schutz vor übermäßiger gewerblicher Ausnutzung des menschlichen Spieltriebs (besonders deutlich in [§ 33f Abs. 1 GewO](#))
- Kein generelles Verbot, sondern Kanalisierung des gewerblichen Spielwesens und Vorbeugung vor Missbräuchen
- Ergänzung durch Baurecht mit besonderen Regelungen über Zulässigkeit von Vergnügungsstätten
- BVerwG, NVwZ 2005, 981 ff. (Internet-Café als Spielhalle)

## a) Genehmigungsbefähigung nach GewO

§ 33c bis § 33i GewO: Spielhallen, Spielgeräte, etc. („gewerbliches Spielrecht“)

**Gesetzgebungskompetenz:** [Art. 74 Abs. 1 Nr. 11](#) n. F. i.V.m. Art. 125a Abs. 1 GG

- erhebliche Probleme bei der Abgrenzung zwischen Bundes- und Landeskompetenz (hierzu ausführlich *H.-P. Schneider*, GewArch 2009, 265 ff. und 343 ff.).
- Jedenfalls Regelungsgehalt des [§ 33i](#) GewO (Spielhallen) unterfällt Landesgesetzgebungskompetenz, umstr. Hinsichtlich [§ 33c](#) und [§ 33d](#) GewO (Erlaubnispflicht für Aufstellung von Spielgeräten schlechthin)
- Landesspielhallengesetze: [SpielhG Berlin](#); [BremSpielhG](#) (unklares Verhältnis zum Bauplanungsrecht, vgl. a. *H.-P. Schneider*, GewArch 2011, 457 ff.)

## a) Genehmigungsbefähigung nach GewO

§ 33c bis § 33i GewO: Spielhallen, Spielgeräte, etc. („gewerbliches Spielrecht“)

- Nicht von §§ 33c ff. umfasst: **Spielbankrecht, Wettrecht: [§ 33h GewO](#)**  
i. V. m. [§ 284 StGB](#)
- Zu staatlichen „Spielmonopolen“:
  - [BVerfG, Urt. v. 28. 3. 2006 - 1 BvR 1054/01](#) (Sportwetten) und zahlreiche Folgeentscheidungen
  - [EuGH, Rs. C-316/07 u. a. \(Stoß\)](#) und zahlreiche Folgeentscheidungen
- Zur Thematik umfassend [ZfWG](#)
- Neue Problematik: Hausverlosungen im Internet als unerlaubtes Glücksspiel: [VG Göttingen v. 12. 11. 2009 – 1 B 247/09 – NJW 2010, 885 ff.](#)

## a) Genehmigungspflichtigkeit nach GewO

*Sonstige Fälle: § 34 bis § 34c GewO*

- [§ 34 GewO](#) Pfandleihgewerbe
- [§ 34a GewO](#) Bewachungsgewerbe (nicht Detekteien und Überwachungsgewerbe)
- [§ 34b GewO](#) Versteigerergewerbe  
(hierzu LG Mannheim, GewArch 1993, 476, 477)
- [§ 34c GewO](#) Makler, Bauträger, Baubetreuer
- [§ 34d](#) und [§ 34e](#) GewO: Versicherungsvermittler und Versicherungsberater (seit 2007, hierzu *Moraht*, GewArch. 2010, 186 ff.)

## b) Spezialgesetzlich geregelte genehmigungsbedürftige Gewerbe

- [§ 2 GastG](#): Kontrollerlaubnis für Gaststätten i.S.d. [§ 1 GastG](#)
  - [§ 1 HandwO](#): Eintragung in Handwerksrolle für selbstständigen Betrieb zulassungspflichtiger Gewerbe
  - [§ 2 PBefG](#): Genehmigungspflicht für (selbstständige) 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
  - [§ 5 VAG](#): Erlaubnispflicht für Betrieb eines Versicherungsgewerbes
- Problem: Abschließende Regelungen für gesamten Gewerbebezweig?

### 3. Rechtsfolgen des Fehlens einer GewerbeKonzession

- Betrieb des Gewerbes nicht erlaubt
- Strafbarkeit des Gewerbetreibenden bzw. Ordnungswidrigkeit ([§ 144 GewO](#))
- Im Übrigen:
  - **Gewerbeuntersagung nach [§ 15 Abs. 2 GewO](#)**
  - **Hinterbliebenenprivileg ([§ 46 GewO](#))**

## a) Gewerbeuntersagung nach § 15 Abs. 2 GewO

- Verhinderung der Fortsetzung des Betriebes
- Entscheidung über „Ob“ und „Wie“ = vollstreckbarer Verwaltungsakt
- Verwaltungsverfahren nach Landes-VwVfG
- (Schließungs-) Verfügung nach § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO selbst keine Maßnahme der Verwaltungsvollstreckung
- Zwangsweise Durchsetzung im Wege der Verwaltungsvollstreckung (insb. Zwangsgeld, unmittelbarer Zwang)

## a) Gewerbeuntersagung nach § 15 Abs. 2 GewO

### *Tatbestandsvoraussetzungen*

- **Stehendes Gewerbe** (vgl. systematische Stellung des § 15 Abs. 2 GewO)
- **Zulassungsbedürftigkeit**
  - aus GewO selbst (z. B. §§ 30, 33a, 33c, 33d, 33i, 34 ff. GewO)
  - aus anderen eine Genehmigungspflicht für gewerbliche Tätigkeiten anordnenden Gesetzen, soweit Genehmigung (zumindest auch) personenbezogen die Gewerbeausübung erlaubt und soweit keine Spezialvorschrift (so z. B. § 16 Abs. 3 HandwO) besteht
  - **nicht** aus anderen **Gesetzen nichtgewerberechtl. Natur** (VGH Kassel, NJW 2000, 2760: Schließung eines Piercingstudios)
- **Betrieb ohne Zulassung**
  - Wegfall der Genehmigung (Rücknahme, Widerruf, Zeitablauf, Bedingungseintritt)
  - Erlaubnis von Anfang an unwirksam (so bei Peepshow-Fall)
  - Vorhandene Erlaubnis entspricht nicht (mehr) der tatsächlichen Gewerbeausübung (VG Stuttgart, 4 K 1929/08 v. 16.5. 2008 = GewArch 2009, 215 ff.)

## a) Gewerbeuntersagung nach § 15 Abs. 2 GewO

### *Rechtsfolgen*

- (Entschließungs- und Auswahl-) Ermessen
- Leitlinie der Ermessensausübung: Verhältnismäßigkeitsprinzip
- Materielle Illegalität:
  - Eingreifen („Ob“) regelmäßig gerechtfertigt
  - Zentraler Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung: „Wie“ des Einschreitens
- Formelle Illegalität wegen ausgebliebenen Antrags auf Genehmigung
  - Keine Genehmigungserteilung von Amts wegen
  - Zentraler Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung: „Ob“
- Formelle Illegalität wegen erkennbar zu Unrecht unterbliebener oder verweigerter Genehmigung
  - Einschreiten i. d. R. unangemessen?

## b) Hinterbliebenenprivileg (§ 46 GewO)

- **Grundsatz:** Erlöschen persönlicher Erlaubnisse mit Tod
- Zweck des § 46 GewO: Vermeidung der Zerstörung wirtschaftlicher Werte nach Tod des Gewerbetreibenden
- Ausgangspunkt: Hinterbliebene nicht in der Lage, Betrieb fortzuführen  
→ Fortführung des Betriebs durch qualifizierten Stellvertreter i. S. d. § 45 GewO
- Entgegen Wortlaut: Hinterbliebener als eigener Stellvertreter bei Vorliegen der geforderten persönlichen Befähigung
- Ähnliche Bestimmungen: § 10 GastG, § 4 HandwO
- Problem: Unzuverlässigkeit des Hinterbliebenen

## 4. Aufhebung der GewerbeKonzession / Untersagung wegen Unzuverlässigkeit (§ 35 Abs. 8 GewO)

- Grundsatz: Aufhebung der Konzession nach §§ 48 ff. LVwVfG, soweit keine Spezialbestimmung (z. B. § 15 Abs. 2 i. V. m. § 4 Abs. 1 GastG)
  - Rücknahme mit Wirkung für Vergangenheit (nur bei Rechtswidrigkeit)
  - Widerruf mit Wirkung für Zukunft; insb. § 49 Abs. 2 Nr. 3 LVwVfG (nachträglich eingetretene Tatsachen)
- Schließungsverfügung gemäß § 15 Abs. 2 GewO
- § 35 Abs. 8 GewO: Keine Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 GewO, soweit besondere Untersagungs- und Betriebsschließungsvorschriften bestehen, die auf Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden abstellen
- Ausnahme: Handwerksrecht

# § 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



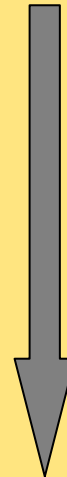
Schließungsgebot



Zwangsmittel

## Erlaubnisfreies Gewerbe

Untersagung der Gewerbeausübung  
nach § 35 Abs. 1 GewO



Schließungsgebot



Zwangsmittel

# Untersagung konzessionsbedürftiger Gewerbe wegen Unzuverlässigkeit

Vorliegen einer Konzession?		Gewerbeuntersagung nach
(-)		<ul style="list-style-type: none"> <li>• § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO, soweit nicht Spezialvorschrift</li> <li>• § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO, wenn nicht Genehmigungsbedürftigkeit an sich, sondern Unzuverlässigkeit maßgeblich für Behördenentscheidung</li> </ul>
(+)	Zuverlässigkeitsprüfung Gegenstand der Konzession	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Widerruf vorrangig nach Spezialregelungen</li> <li>• Sonst § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG</li> </ul>
	Zuverlässigkeit nicht Voraussetzung für Erteilung	<ul style="list-style-type: none"> <li>• § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO</li> </ul>
	Spezialregelung, nach der Unzuverlässigkeit nur unter qualifizierten Voraussetzungen zum Widerruf ermächtigt	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Widerruf vorrangig nach Spezialregelung</li> <li>• impliziter Ausschluss der Gewerbeuntersagung bei „einfacher“ Unzuverlässigkeit</li> </ul>

## 5. **Genehmigungsbedürftiges Gewerbe und Anzeige nach § 14 GewO**

Gewerbeanzeige nach § 14 GewO

- ist auch bei genehmigungspflichtigem Gewerbe erforderlich
- entspricht nicht dem Antrag auf Erteilung der Gewerbeerlaubnis
- steht unabhängig neben sonstigen Anzeige- und Genehmigungspflichten
- wird nicht durch Genehmigung ersetzt
- nur bei Ausübung von Gewerben