

# Wirtschaftsverwaltungsrecht

## § 2 Gewerberecht der Gewerbeordnung

### C) Stehendes Gewerbe I

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. Genehmigungsbefürdigtes 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

## C) Stehendes Gewerbe (§§ 14 ff. GewO)

### Begriff des stehendes Gewerbes:

- Gegensatz zum Reisegewerbe i. S. des [§ 55 Abs. 1 GewO](#); (gewerbliche) Niederlassung nur hinreichende, nicht notwendige Bedingung für stehendes Gewerbe

### Begriff gewerbliche Niederlassung:

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

# I. (Nur) Anzeigepflichtige Gewerbe

## 1. Anzeige nach [§ 14 GewO](#) und ihre Rechtsfolgen

- Grundsatz: **Keine Genehmigungspflicht**, aber **Anzeigepflicht**, soweit nichts anderes gesetzlich bestimmt ist
- Zweck der Anzeigepflicht: Hauptsächlich Information der Gewerbeaufsicht (vgl. [§ 14 Abs. 5 bis 13 GewO](#))
- **Gewerbeschein = bloße Empfangsbestätigung** für Erhalt der Anzeige ([§ 15 Abs. 1 GewO](#)), **kein Verwaltungsakt**

Problem: Durchsetzung der Anzeigepflicht: BVerwG, NJW 1977, 772 ff.; BVerwG, NVwZ 1993, 775; [OVG Münster, A 812/09 v. 20.12.2011, Abs. 26](#) = GewArch 2012, 209; VG Braunschweig, NVwZ-RR 2001, 439

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO

- Wichtigstes Instrument zur Kontrolle (nur) anzeigepflichtiger Gewerbe und „notwendiges Korrelat“ zur Gewerbefreiheit
- Gilt **nicht** für genehmigungspflichtige Gewerbe (vgl. § 35 Abs. 8 GewO); systematischer Standort nur historisch erklärbar (vgl. § 35 GewO i.d.F. von 1869)
- Eingriff in subjektive Berufswahlfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) zum Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter
- Eintragung ins **Gewerbezentralregister** (§ 149 Abs. 2 GewO)

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO

- Tatbestandsmerkmale des § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO
  - Tatsächliche Ausübung eines Gewerbes
  - Unzuverlässigkeit
  - Erforderlichkeit der Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten
- Rechtsfolge des § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO:
  - „an sich“ gebundene Entscheidung, kein Ermessensspielraum;
  - diverse „ergänzende“ Maßnahmen gegenüber dem Gewerbetreibenden und Dritten nach § 35 Abs. 1 bis 7a GewO

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Tatbestandsmerkmale

### Tatsächliche Ausübung eines Gewerbes

- Derjenige, der in Anspruch genommen wird, muss Gewerbe tatsächlich ausüben
- Anzeige nach § 14 Abs. 1 GewO nur Indiz, kein Ersatz für tatsächliche Aufnahme des Gewerbebetriebs (BVerwG, v. 14.07.2003 - 6 C 10/03 – NVwZ 2004, 103 ff.)
- **Ausnahme:** Fortsetzung des Untersagungsverfahrens auch nach Aufgabe des Gewerbebetriebes während des Verfahrens, wenn Gewerbe bei Einleitung des Untersagungsverfahrens ausgeübt wurde, § 35 Abs. 1 Satz 3 GewO (vgl. *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank, GewO, 8. Aufl. 2011, § 35 Rn. 14 ff. und 22 ff.)

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Tatbestandsmerkmale

### Unzuverlässigkeit

- Kernbegriff des gesamten Wirtschaftsverwaltungsrechts
- BVerfG v. 4. 8. 2009 – 1 BvR 1726/09 – NVwZ 2009, 1429:

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

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Tatbestandsmerkmale

### Unzuverlässigkeit

- Regelbeispiele für Unzuverlässigkeit:
  - § 33c Abs. 2 Satz 2 GewO (Aufstellung von Spielgeräten)
  - § 34c Abs. 2 Nr. 1 GewO (Makler, Bauträger, Baubetreuer)
  - § 4 Nr. 1 GastG
- „Legaldefinition“:

#### **§ 3 Abs. 3 Nr. 1 GüKG a. F.**

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

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Tatbestandsmerkmale

### Unzuverlässigkeit

- 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.“

- Kritisch *Leisner*, GewArch 2008, 225 ff.: Unzuverlässigkeit = inhaltsleerer Allgemeinbegriff, der in der Praxis häufig ausufernd angewandt werde; dagegen: *Heß*, GewArch 2009, 89 ff.

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Tatbestandsmerkmale

### Unzuverlässigkeit

Allg. hierzu: *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank, GewO, 8. Aufl. 2011, § 35 Rn. 27 ff.

- Bindung an bestimmte Tatsachen (Zustände der Vergangenheit oder Gegenwart)
- Prognosemaßstab: Wahrscheinlichkeit  
(nicht ausreichend: bloße Zweifel, nicht notwendig: feste Gewissheit)
- Beweislast: Behörde trägt materielle Beweislast für Tatsachen, die Prognose der Unzuverlässigkeit rechtfertigen

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Tatbestandsmerkmale

### Unzuverlässigkeit

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

Aber: VG Hamburg, 5 E 3286/09 v. 7. 1. 2010:

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

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Tatbestandsmerkmale

### Unzuverlässigkeit

- Kein Beurteilungsspielraum, gerichtlich voll überprüfbar
- BVerwG, v. 15.07.2004 - 3 C 33/03 -, Abs. 19 = NVwZ 2005, 453, 454:

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

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

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Tatbestandsmerkmale

### Unzuverlässigkeit

- Verschuldensunabhängigkeit
- OVG Bremen, NVwZ-RR 2010, 102:

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

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Tatbestandsmerkmale

### Unzuverlässigkeit

#### *Fallgruppen der Unzuverlässigkeit*

(vgl. auch *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank, GewO, 8. Aufl. 2011, § 35 Rn. 36 ff.)

- (1) Begehen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten
- (2) Steuerrückstände / Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen
- (3) Fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit
- (4) Fehlende Sachkunde
- (5) Verletzung zivilrechtlicher Pflichten
- (6) Verletzung spezifisch öffentlich-rechtlicher Pflichten
- (7) Sonstiges

## 2. Gewerbeuntersagung nach [§ 35 Abs. 1 bis 7 GewO](#): Tatbestandsmerkmale: Unzuverlässigkeit

### (1) Begehen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

- Straftat / Ordnungswidrigkeit **in Zusammenhang mit dem Gewerbe**
- Bindung an Tatsachenfeststellung des Strafgerichts ([§ 35 Abs. 3 GewO](#))

VGH München, NVwZ-RR 2005, 32 f. (Leitsatz):

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

- Anders [OVG Lüneburg, v. 08.06.2005 - 7 PA 88/05](#) - NVwZ-RR 2005, 712 (Versagung der Gaststättenerlaubnis) und [VGH Mannheim, v. 19.04.2006 - 9 S 2317/05](#) - VBIBW 2006, 319 (Widerruf der Approbation eines Apothekers):  
Begründung der Unzuverlässigkeitsannahme auch bei einmaliger Bestrafung möglich, wenn zugrunde liegende Tat schwerwiegend ist (Gefährdung besonders schutzwürdiger Rechtsgüter)

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Tatbestandsmerkmale: Unzuverlässigkeit

### (1) Begehen von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

Vgl. in diesem Zusammenhang auch:

- Zur Unzuverlässigkeit von Bank-Managern wegen Untreue:  
*Geschwandtner*, Josef Ackermann im Visier der Bundesanstalt für  
Finanzdienstleistungsaufsicht, NJW 2006, 1571 ff. (lesenswert!)
- Zum Verhältnis zwischen einer Weisung nach § 68b Abs. 1 Nr. 4 StGB  
zur Untersagung nach § 35 GewO: OVG Lüneburg, 7 ME 136/11 v. 1.  
9. 2011 = NVwZ-RR 2011, 895 f.

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Tatbestandsmerkmale: Unzuverlässigkeit

### (2) Steuerrückstände / Nichtabführen von Sozialversicherungsbeiträgen

- Begründen **regelmäßig** Unzuverlässigkeit, wenn es sich um nicht unerhebliche Beträge handelt und darin zum Ausdruck kommt, dass sich Gewerbetreibender nicht an Recht halten will oder wirtschaftlich leistungsunfähig ist

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Tatbestandsmerkmale: Unzuverlässigkeit

### (3) Fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

- Begründet **zumindest bei Ausweglosigkeit der wirtschaftlichen Krisensituation** Unzuverlässigkeit, wenn für die Zukunft des Gewerbetreibenden wirtschaftliche Notlage zu befürchten ist, die erfahrungsgemäß Anlass zu Handlungen bieten, die zur Annahme der Unzuverlässigkeit führen
- Kein Abwarten der späteren Pflichtverletzung erforderlich
- Aber: Beweis- und Haftungsprobleme

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Tatbestandsmerkmale: Unzuverlässigkeit

### (3) Fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

§ 12 GewO: Keine Gewerbeuntersagung wegen „ungeordneten Vermögensverhältnissen“ während des Insolvenzverfahrens (allgemein hierzu *Krumm*, GewArch 2010, 465 ff.)

- OVG Münster v. 19. 5. 2011 – 4 B 1707/10 – NVwZ-RR 2011, 813 f.: § 12 GewO hilt auch, wenn Gewerbeuntersagung bestandskräftig ist, Betrieb aber geduldet wurde.
- OVG Lüneburg v. 11. 8. 2009 – 7 LA 232/07 – NVwZ-RR 2009, 922 f.: § 12 GewO nur, soweit Unzuverlässigkeit gerade auf ungeordneten Vermögensverhältnissen beruht;
- OVG Koblenz v. 3. 11. 2010 – 6 A 10676/10.OVG - NVwZ-RR 2011, 229: Keine Anwendung des § 12 GewO nach Freigabeerklärung nach § 35 Abs. 2 InsO (hierzu auch VG München, GewArch 2010, 491 ff.).
- OVG Münster v. 23. 11. 2009 – 4 A 3724/06 – NVwVBI 2010, 432 f.: keine Unterbrechung des gegen eine Gewerbeuntersagung gerichteten verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nach § 12 GewO.

## 2. Gewerbeuntersagung nach [§ 35 Abs. 1 bis 7 GewO](#): Tatbestandsmerkmale: Unzuverlässigkeit

### (4) Fehlende Sachkunde

- Begründet Unzuverlässigkeit **nur**, wenn **durch Fehlen** der für die ordnungsgemäße Ausübung eines bestimmten Gewerbes **erforderlichen elementarsten Kenntnisse und Fähigkeiten** **besondere Gefahren für die Allgemeinheit verursacht** werden
- Bsp.: Schwimmlehrer, der nicht schwimmen kann;  
Abbruchunternehmer, der keinerlei Kenntnisse im Baugewerbe hat
- Keine Einführung einer verfassungsrechtlich unzulässigen allgemeinen Sachkundenachweispflicht durch die „Hintertür“ des [§ 35 GewO](#)
- [BVerwGE 22, 286, 296 ff.](#) (Gewerbeuntersagung gegenüber Astrologen)

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Tatbestandsmerkmale: Unzuverlässigkeit

### (5) Verletzung zivilrechtlicher Pflichten

Begründet **gegebenenfalls** Unzuverlässigkeit unter gleichzeitiger Begehung von Straftaten / Ordnungswidrigkeiten oder bei „notorischer“ Pflichtverletzung, die auf charakterliche Mängel schließen lassen

Nicht ausreichend: punktuelle Missachtung zivilrechtlicher Pflichten

### (6) Verletzung spezifisch öffentlich-rechtlicher Pflichten

Bsp.: illegale Beschäftigung ausländischer Arbeitnehmer, Verstöße gegen Arbeitnehmerüberlassungsgesetz, beharrliche Verstöße gegen umweltrechtliche Pflichten, beharrliche Missachtung des Nachtbackverbotes, Missachtung lebensmittelrechtlicher Vorschriften, Verstöße gegen Gesundheitsschutzbestimmungen

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Tatbestandsmerkmale: Unzuverlässigkeit

### (7) Sonstiges

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

- Aber auch OVG Bremen, NVwZ-RR 2010, 102, 103:

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

## 2. Gewerbeuntersagung nach [§ 35 Abs. 1 bis 7 GewO](#): Tatbestandsmerkmale

### Erforderlichkeit der Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten

- Indirekte Berücksichtigung bei Unzuverlässigkeits-Fallgruppen
- Messung der Gewerbeuntersagung an der verfassungsrechtlichen Wertentscheidung für das Grundrecht der Berufsfreiheit aus [Art. 12 Abs. 1 GG](#)
- Integration der Verhältnismäßigkeitsprüfung in Tatbestand

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Tatbestandsmerkmale

### Auf welche Person kommt es an?

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

Ausnahmen:

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

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Tatbestandsmerkmale

**Auf welche Person kommt es an?**

*Fallgruppen*

- (1) Einzelkaufmann
- (2) Juristische Person (GmbH, AG, etc.)
- (3) Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden wegen unzuverlässigem Betriebsleiter (§ 35 Abs. 1 Alt. 2 GewO)
- (4) Sonderfall: Strohmännchen / -frau

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Tatbestandsmerkmale

### (1) Einzelkaufmann

Gewerbetreibender = natürliche Person

Grundsatz: Abstellen auf Gewerbetreibenden selbst.

Ausnahme: Verantwortung der Unzuverlässigkeit anderer Personen  
(hierzu: BVerwGE 9, 222; OVG Lüneburg v. 13.9.2006 - 7 LA 159/05 –  
GewArch 2008, 124):

- Bei maßgeblichem Einfluss des unzuverlässigen Dritten auf Geschäftsführung ohne Hinderung an weiterer Tätigkeit durch Gewerbetreibenden
- Begründung der Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden aufgrund Verschaffens oder Nichtbeseitigens des Einflusses
- Verhältnismäßigkeit: Untersagung der Beschäftigung des unzuverlässigen Dritten (etwa durch Abberufung eines Stellvertreters nach § 45 GewO auf Grundlage des § 35 Abs. 1 GewO)

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Tatbestandsmerkmale

### (2) Juristische Person (GmbH, AG, etc.)

Allg. hierzu: *Scheidler*, GewArch 2005, 445 ff.

- Gewerbetreibender = juristische Person
- Abstellen auf Verhalten der gesetzlich vertretungsberechtigten Personen (§ 78 Abs. 1 AktG, § 35 Abs. 1 GmbHG)
- Unmittelbare Zurechnung der Unzuverlässigkeit des gesetzlichen (organschaftlichen) Vertreters als **eigene Unzuverlässigkeit** der juristischen Person (vgl. Rechtsgedanke des § 31 BGB)
- Zurechnung der Unzuverlässigkeit von Stellvertretern und Betriebsleitern als **fremde Unzuverlässigkeit** der juristischen Person
- Verhältnismäßigkeit: (Voll-)Untersagung oder Teiluntersagung (Ausschluss der unzuverlässigen Person von Vertretung, Abberufung des unzuverlässigen Vertreters nach § 35 Abs. 7a GewO)

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Tatbestandsmerkmale

### (3) Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden wegen unzuverlässigem Betriebsleiter (§ 35 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GewO)

Betriebsleiter = derjenige, dem aufgrund Beauftragung durch Gewerbetreibenden die umfassende selbstständige Betriebsleitung ohne konkrete Weisungs- und Aufsichtsunterworfenheit obliegt

- Betriebsleiter und Gewerbetreibender stehen in ihrer Verantwortung nebeneinander
- Zurechnung der Unzuverlässigkeit des Betriebsleiters **als fremde Unzuverlässigkeit** des Gewerbetreibenden, ohne dass es darauf ankommt, ob Gewerbetreibender in eigener Person unzuverlässig ist
- Zurechnungsparallelen zum Stellvertreter i. S. d. § 45 GewO
- Verhältnismäßigkeit: Untersagung des gesamten Betriebs oder Untersagung der Weiterbeschäftigung des unzuverlässigen Betriebsleiters

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Tatbestandsmerkmale

### (4) Sonderfall: Strohmännchen / -frau

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

- Vorschlebung des Strohmännchens / -frau als jederzeit steuerbare „Marionette“ vom eigentlichem Gewerbetreibenden als „Hintermann“, dem faktisch die Geschäftsführung obliegt
- Aufgrund kollusiven Zusammenwirkens von Strohmännchen / -frau und Hintermann werden *beide* als Gewerbetreibende angesehen (BVerwGE 65, 12, 13):
  - Gewerbeuntersagung gegenüber Strohmännchen, weil er unzuverlässigem Dritten maßgeblichen Einfluss auf Gewerbebetrieb einräumt (Strohmännchen muss sich an Rechtsschein festhalten lassen)
  - Gewerbeuntersagung gegenüber Hintermann als eigentlichem Gewerbetreibenden nach § 35 Abs. 1 GewO

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Tatbestandsmerkmale

### (4) Sonderfall: Strohmännchen / -frau

OVG Münster v. 4. 7. 2011 – 4 B 1671/10 – NWVBI. 2012, 25 f.: Strohmännchen ist nur dann unzuverlässig, wenn er dem Hintermann gerade in den Bereichen maßgeblichen Einfluss auf den Geschäftsbetrieb einräumt, in denen dieser unzuverlässig ist.

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Rechtsfolgen

### Regelrechtsfolgen des § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO

„An sich“ gebundene Entscheidung, kein Ermessensspielraum

Grundsätzliche Wirkungen der Untersagung:

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

*Aber:* Bezugnahme auf Verhältnismäßigkeitsprinzip durch Tatbestandsmerkmal „zur Erreichung des Schutzes der Allgemeinheit erforderlich“:

- Abmahnung, Erteilung von Auflagen oder Gewerbeuntersagung?
- **Teilweise Gewerbeuntersagung** (Untersagung bestimmter Formen der Gewerbeausübung) oder **vollständige Gewerbeuntersagung** (als ultima ratio lediglich bei punktuell den Gewerbebetrieb betreffende Straftaten, wirtschaftlicher Leistungsunfähigkeit, Steuerrückständen, fehlender Sachkunde)?

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Rechtsfolgen

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

- Ermessensregelung („kann ausgeweitet werden“)
- Ausweitung auf Stellung als Vertreter oder Betriebsleiter eines Gewerbes zur Verhinderung weiterer Umgehungsmöglichkeiten in Ergänzung zu § 35 Abs. 7a GewO
- Ausweitung auf einzelne andere Gewerbe
- Ausweitung auf alle Gewerbe bei gänzlich unzuverlässiger Person
- Hierzu VG Trier GewArch 2010, 453, 455 f.

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Rechtsfolgen

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

Ermessensregelung („kann gestattet werden“)

Gestattung der Fortführung des Gewerbes durch Stellvertreter i. S. d.  
§ 45 GewO

Voraussetzungen:

- Antrag (keine Stellvertretererlaubnis von Amts wegen)
- Gewähr für ordnungsgemäße Führung des Gewerbebetriebes (Stellvertreter muss in eigener Person zuverlässig **und** vom Gewerbetreibenden unabhängig sein)
- Kein Ausschluss der ordnungsgemäßen Betriebsführung durch objektive Kriterien (völlige Überschuldung, fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit)

Erteilung der Erlaubnis gegenüber Gewerbetreibenden, die ihn berechtigt, seinen Betrieb von individuell bestimmten Stellvertreter betreiben zu lassen (bei Wechsel des Stellvertreters erneute Erlaubnis notwendig)

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Rechtsfolgen

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

- Ermessensregelung („kann auch“)
- Unzuverlässigkeit des Stellvertreters i. S. d. § 45 GewO, sonstigen Vertretungsberechtigten (Vorstand/Geschäftsführer) oder Betriebsleiters des Gewerbetreibenden
- Untersagung der Ausübung des Gewerbes gegenüber einem in leitender Stellung abhängig Beschäftigten
- Untersagung einer künftigen selbstständigen Gewerbetätigkeit im Bereich der bisherigen unselbstständigen Tätigkeit (BVerwGE 100, 187, 191)

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Rechtsfolgen

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

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

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

## 2. Gewerbeuntersagung nach [§ 35 Abs. 1 bis 7 GewO](#): Durchsetzung

### Vollstreckung

- Gewerbeuntersagung = vollstreckbarer VA
- Unmittelbare Durchsetzung mit Zwangsmitteln nach Landes-VwVG (z. B. Schließung von Geschäftsräumen / Wegnahme von Arbeitsmitteln als unmittelbarer Zwang)
- Keine gesonderte Schließungsverfügung erforderlich (seit früherer § 35 Abs. 5 GewO ersatzlos gestrichen)
- [§ 35 Abs. 7 Satz 3 GewO](#): Sonderregelung für Vollstreckungszuständigkeit

### Sofortige Vollziehung

- I. d. R. Anordnung nach [§ 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO](#)
- Wichtig: Begründung nach [§ 80 Abs. 4 VwGO](#) als Wirksamkeitsvoraussetzung der Anordnung

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Wiedergestattung (§ 35 Abs. 6 GewO)

*Beispiel:* Wegen fehlender wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ergeht rechtmäßig Gewerbeuntersagung. Später gewinnt Gewerbetreibender im Lotto, kann seine Schulden abbezahlen und hat hinreichend Kapital für erneute Gewerbeausübung.

Vgl. zum allgemeinen Problem des maßgeblichen Zeitpunkts für die Beurteilung der für die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes maßgeblichen Sach- und Rechtslage die zusammenfassende Darstellung von: *Käβ*, BayVBl. 2009, 677 ff.

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Wiedergestattung (§ 35 Abs. 6 GewO)

### 1. Variante:

Gewerbeuntersagung wird formell bestandskräftig und § 35 Abs. 6 GewO wird unberücksichtigt gelassen

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Wiedergestattung (§ 35 Abs. 6 GewO)

### 1. Variante:

Gewerbeuntersagung wird formell bestandskräftig und § 35 Abs. 6 GewO wird unberücksichtigt gelassen

- Verpflichtung der Behörde zur Aufhebung der Gewerbeuntersagung (§ 51 Abs. 1 Nr.1 LVwVfG), wenn Wiederaufgreifensantrag innerhalb Frist des § 51 Abs. 3 LVwVfG gestellt  
→ Durchsetzbar mit Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO
- Berechtigung der Behörde zur Aufhebung der Gewerbeuntersagung mit Wirkung für die Zukunft (§ 49 Abs. 1 LVwVfG)
- [Aufhebung nach § 48 Abs. 1 Satz 1 LVwVfG]

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Wiedergestattung (§ 35 Abs. 6 GewO)

### 2. Variante:

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. Begründetheit der Anfechtungsklage, wenn § 35 Abs. 6 GewO unberücksichtigt gelassen?

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Wiedergestattung (§ 35 Abs. 6 GewO)

### 2. Variante:

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. Begründetheit der Anfechtungsklage, wenn § 35 Abs. 6 GewO unberücksichtigt gelassen?

- (-), wenn Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung maßgeblich

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Wiedergestattung (§ 35 Abs. 6 GewO)

### 2. Variante:

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. Begründetheit der Anfechtungsklage, wenn § 35 Abs. 6 GewO unberücksichtigt gelassen?

- (-), wenn Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung maßgeblich
- (+), wenn Zeitpunkt der Gerichtsentscheidung (letzte mündliche Verhandlung) maßgeblich

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Wiedergestattung (§ 35 Abs. 6 GewO)

### 2. Variante:

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. Begründetheit der Anfechtungsklage, wenn § 35 Abs. 6 GewO unberücksichtigt gelassen?

- (-), wenn Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung maßgeblich
- (+), wenn Zeitpunkt der Gerichtsentscheidung (letzte mündliche Verhandlung) maßgeblich
- Zunächst: BVerwGE 22, 16, 23: Gewerbeuntersagung = Dauer-VA

# Exkurs: Entscheidungserheblicher Zeitpunkt

## Anfechtungsklage

### Grundsatz

Letzte  
behördliche  
Entscheidung

### Ausnahme

Letzte  
mündliche  
Verhandlung  
  
insb. bei  
Dauer-VA

## Verpflichtungsklage / Leistungsklage

### Grundsatz

Letzte  
mündliche  
Verhandlung

### Ausnahme

Letzte  
behördliche  
Entscheidung  
  
(z. B.  
Prüfungen,  
Ermessen)

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Wiedergestattung (§ 35 Abs. 6 GewO)

### 3. Variante:

Die Gewerbeuntersagung ist formell bestandskräftig und § 35 Abs. 6 GewO wird berücksichtigt:

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Wiedergestattung (§ 35 Abs. 6 GewO)

### 3. Variante:

Die Gewerbeuntersagung ist formell bestandskräftig und § 35 Abs. 6 GewO wird berücksichtigt:

- Wiederaufgreifen nur nach Maßgabe des § 35 Abs. 6 GewO, da Spezialregelung zu § 49, § 51 LVwVfG (Bei von Anfang an rechtswidriger Gewerbeuntersagung Rücknahme nach § 48 LVwVfG möglich)
- Voraussetzungen:
  - Schriftlicher Antrag (keine Aufhebung von Amts wegen)
  - Keine Unzuverlässigkeit, begründet durch neue Tatsachen
  - Grds. Wartefrist des § 35 Abs. 6 Satz 2 GewO: ein Jahr

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Wiedergestattung (§ 35 Abs. 6 GewO)

### 4. Variante:

Nach erfolglosem Widerspruch erhebt Gewerbetreibender Anfechtungsklage mit der unzutreffenden Begründung, er sei ursprünglich nicht wirtschaftlich leistungsunfähig gewesen. Bevor entschieden wird, gewinnt Kläger im Lotto. Begründetheit der Anfechtungsklage, wenn § 35 Abs. 6 GewO berücksichtigt wird?

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Wiedergestattung (§ 35 Abs. 6 GewO)

### 4. Variante:

Nach erfolglosem Widerspruch erhebt Gewerbetreibender Anfechtungsklage mit der unzutreffenden Begründung, er sei ursprünglich nicht wirtschaftlich leistungsunfähig gewesen. Bevor entschieden wird, gewinnt Kläger im Lotto. Begründetheit der Anfechtungsklage, wenn § 35 Abs. 6 GewO berücksichtigt wird?

- BVerwGE 65, 1, 2 ff.: Abstellen auf Regelungszusammenhang von § 35 Abs. 1 Satz 1 GewO und § 35 Abs. 6 Satz 1 GewO

[...] "nach erfolgter Untersagung" [muss] die Initiative zur Wiedenzulassung vom Gewerbetreibenden ausgehen [...] und die Behörde [hat] nicht zu prüfen [...], ob die Untersagungsgründe noch fortbestehen.

- OVG Lüneburg v. 30.1.2009 - 7 LA 215/08 = NordÖR 2009, 155:  
Fortbestehen des Regelungszusammenhangs auch nach Abschaffung des Widerspruchsverfahrens

# Exkurs: Entscheidungserheblicher Zeitpunkt

Anfechtungsklage

Grundsatz

Letzte  
behördliche  
Entscheidung

Ausnahme

Letzte  
mündliche  
Verhandlung

insb. bei  
Dauer-VA

Rückausnahme

Verpflichtungsklage / Leistungsklage

Grundsatz

Letzte  
mündliche  
Verhandlung

Ausnahme

Letzte  
behördliche  
Entscheidung

(z. B.  
Prüfungen,  
Ermessen)

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

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Wiedergestattung (§ 35 Abs. 6 GewO)

### Voraussetzungen der Wiedergestattung:

- VGH München, NJW 2011, 2822 ff.:

[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.

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Wiedergestattung (§ 35 Abs. 6 GewO)

### Voraussetzungen der Wiedergestattung:

- VGH München, NJW 2011, 2822 ff.:

[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 [...].

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Wiedergestattung (§ 35 Abs. 6 GewO)

### Voraussetzungen der Wiedergestattung:

- OVG Lüneburg v. 3. 2. 2011 – 7 PA 101/10 – 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 Satz 2 GewO) - daher nicht geringer als für die Untersagung des Gewerbes selbst.“

- Bestätigt durch OVG Lüneburg v. 6. 1. 2012 – 7 LA 186/11 – NVwZ-RR 2012, 271 f.

## 2. Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 bis 7 GewO: Wiedergestattung (§ 35 Abs. 6 GewO)

### Jahresfrist:

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

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