

Öffentliches Recht

GewR/GastR

RA Dr. iur. Arne-Patrik Heinze, LL.M.
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Gewerbebegriff

Definition: Gewerbe ist jede erlaubte (a.A.: nicht sozial unwertige), auf Gewinnerzielung gerichtete, dauerhaft ausgeübte, selbstständige Tätigkeit, die nicht Urproduktion, freier Beruf oder Verwaltung eigenen Vermögens ist (vgl. § 6 I GewO)

Gewerbsmäßigkeit

4 positive Merkmale:

1. Erlaubtheit
2. Gewinnerzielungsabsicht
3. Selbstständigkeit
4. Dauerhaftigkeit

Gewerbsfähigkeit

3 negative Merkmale:

1. nicht Urproduktion
2. nicht freier Beruf
3. nicht Verwaltung eigenen Vermögens

Gewerbebegriff – einzelne Merkmale

Erlaubt

>(-) nur bei Verstoß gegen generelle Verbote, insbes. Strafgesetze

>Bsp.: verbotenes Glücksspiel, gewerbsmäßige Hehleri, Menschenhandel

Dauerhaft

auch saisonal, wenn die Tätigkeit wiederholt werden soll

Gewinnerzielungsabsicht

>auf erfolgreiche Betätigung der Absicht (tatsächlicher Gewinn) kommt es nicht an

>Gegenstück: Gemeinnützigkeit (§ 52 AO)

Selbstständig

>Betroffener trägt wirtschaftl. Risiko und handelt weisungsfrei (vgl. § 84 I 2 HGB)

>auch bloße Strohmänner

>Regeln über Reisegewerbe gelten gem. § 55 I Nr. 1 GewO auch für unselbstständige Tätigkeiten

Urproduktion

>planmäßige Nutzung der natürlichen Kräfte des Bodens zur Erzeugung von Pflanzen und Tieren sowie auf Verwertung der selbst gewonnen Naturerzeugnisse

>(-) wenn industrielle Methoden im Vordergrund stehen (Intensivtierhaltung)

freie Berufe

>persönliche Dienstleistungen höherer Art, für die höhere Bildung erforderlich und bei der eigenverantwortliche, unmittelbare, persönliche, individuelle Tätigkeit auf berufsethischer Grundlage gegenüber Gewinnstreben vordergründig

>teilweise gesetzlich bestimmt für Beratungsberufe (BRAO, BNotO)

>auch wissenschaftliche /künstlerische Tätigkeit

Gewerbearten nach GewO

Stehendes Gewerbe

> Negative Abgrenzung: alles, was nicht Reisegewerbe oder Marktverkehr ist
> §§ 14-52 GewO

Reisegewerbe

> Definition: § 55 I GewO;
> Schlüsselmerkmale: ohne vorhergehende Bestellung + außerhalb der gewerblichen Niederlassung
> §§ 55-61 GewO
> Ratio der Sonderregelung: Misstrauen gegenüber Reisegewerbe; reisende Gewerbetreibende können unerkannt bleiben (Ausübung Gewährleistung erschwert)

Messen, Ausstellungen, Märkte

> Definitionen: §§ 64 ff. GewO
> §§ 64-71b GewO
> Ratio der Sonderregelung: Marktprivilegien; Grund: geringere Überwachungsbedürftigkeit, da ortsfest und von Veranstalter koordiniert, der bes. zuverlässig sein muss

Unzuverlässigkeit

- **Unzuverlässig:** Gewerbetreibender, der nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens keine Gewähr zur künftigen ordnungsgemäßen Ausübung des Gewerbes bietet
- **Maßgeblich:** konkretes Gewerbe (spezifisch) / Einzelfalls
- **Unbestimmter Rechtsbegriff**
 - >gerichtlich voll überprüfbar
 - >kein Beurteilungsspielraum
- **Prognoseentscheidung:** aus Tatsachen aus Vergangenheit Schluss für die Zukunft
- **Maßgeblich:** Gesamtbild des Verhaltens
 - >auch Umstände außerhalb der Berufsausübung, solange Rückschluss auf berufliches Verhalten möglich
 - >Verschulden nicht erforderlich
- **Bsp.:** Straftaten, Ordnungswidrigkeiten, Nichtabführung von Abgaben, mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, illegale Beschäftigung von Ausländern

Unzuverlässigkeit (Schlüsselbegriff Gewerbeberecht)

Erlaubnispflichtiges Gewerbe

- > IdR als negatives Tatbestandsmerkmal (=Versagungsgrund) formuliert
- > Bsp.: § 30 I 2 Nr. 1 GewO, § 33a II Nr. 2 GewO, § 4 I 1 Nr. 1 GastG
- > Bei Unzuverlässigkeit: keine Genehmigung
- > Ggf. Rücknahme gemäß § 48 VwVfG
- > Nachträgliche Unzuverlässigkeit: Widerruf gemäß § 49 II Nr. 3 VwVfG
- > Fehlt Genehmigung (nichtig, aufgehoben, sonst erloschen): bei Unzuverlässigkeit (materielle Illegalität) > Untersagung gem. § 15 II (! 35 VIII !) GewO

Anzeigepflichtiges Gewerbe

- > Behörde überprüft Zuverlässigkeit **bei Anhaltspunkten (§ 14 GewO)**
- > Bei Unzuverlässigkeit: § 35 GewO

Überwachungsbedürftiges Gewerbe

- > Behörde prüft Zuverlässigkeit **unverzüglich nach Anzeige (§ 38 GewO)**
- > Bei Unzuverlässigkeit: § 35 GewO

Aufhebung einer Gaststättenerlaubnis Bund

Rücknahme gem. § 15 I GastG

→ Besonderheit vs. VwVfG:
zwingende Rücknahme bei **anfänglicher Unzuverlässigkeit**
(§ 15 I GastG)
>§ 48 VwVfG: Ermessen

→ § 48 VwVfG subsidiär (wenn es nicht um anfängliche Unzuverlässigkeit geht) anwendbar

Widerruf gem. § 15 II, III GastG

→ Besonderheit vs. VwVfG:

- zwingende Aufhebung gem. § 15 II GastG bei **nachträglicher Unzuverlässigkeit**
>§ 49 VwVfG: Ermessen

- sonstige Widerrufgründe abschließend in § 15 III GastG
>insoweit: Ermessen

→ kein Rückgriff auf § 49 VwVfG; § 15 II, III GastG regeln Widerruf abschließend