

Gewerberecht und Bundesimmisions- schutzgesetz

begründet von

Dr. jur. Dr. oec. Georg Scholz

Rechtsanwalt in München

bearbeitet von

Dr. Gerrit Manssen

Regensburg

5. Auflage

Verlag Franz Vahlen München

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Scholz, Georg:

Gewerberecht und Bundesimmissionsschutzgesetz / begr.
von Georg Scholz. Bearb. von Gerrit Manssen. – 5. Aufl. –
München : Vahlen, 1993.

(JUREP ; 8)

ISBN 3 8006 1804 4

NE: Manssen, Gerrit [Bearb.]; GT

ISBN 3 8006 1804 4

© 1993 Verlag Franz Vahlen GmbH, München
Satz und Druck: C.H.Beck'sche Buchdruckerei, Nördlingen
Gedruckt auf säurefreiem,
aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff hergestelltem Papier

Vorwort

Der vorliegende Band ist eine Neubearbeitung der bis zur 4. Auflage von *Georg Scholz* verfaßten Darstellung des Gewerbe- und Immissionsschutzrechts. Das grundsätzliche didaktische Konzept wurde beibehalten, die Fälle und Lösungen jedoch zusammengefaßt. Den Text der allgemeinen Darstellungen habe ich vollständig neu formuliert, die Übungsfälle weitgehend ausgetauscht. Die Gewichtung der einzelnen Rechtsgebiete wurde geändert. So nimmt das Immissionsschutzrecht einen sehr viel breiteren Raum ein als noch in der Voraufgabe.

Herrn Notarassessor Hans-Jürgen Ringel und Herrn Rechtsreferendar Dr. Roland Christiani danke ich für wertvolle Hinweise. Über Zuschriften aus dem Leserkreis, insbesondere Anregungen und Kritik, würde ich mich freuen.

Regensburg, im Juni 1993

Gerrit Manssen

Inhaltsverzeichnis

A. Allgemeine Hinweise für das Arbeiten mit diesem Buch . . .	1
B. Allgemeines zum Gewerberecht	2
I. Gewerberecht als Teil des Wirtschaftsrechts	2
II. Die Gewerbeordnung als Grundnorm	2
1. Gewerbeordnung und Sondergesetze	2
2. Gewerbeordnung und Grundgesetz	3
C. Gewerbeordnung	5
I. Der Begriff des Gewerbes	5
1. Allgemeines	5
2. Die Merkmale im einzelnen	6
a) Gewerbe als auf Dauer angelegte Tätigkeit	6
b) Gewinnerzielungsabsicht	6
c) Selbständigkeit	7
d) Der Ausschluß sozial unwertiger Tätigkeiten	7
e) Das Verhältnis von § 1 und § 6 GewO	8
f) Keine Urproduktion	8
g) Keine Ausübung eines „freien“ Berufs	9
h) Keine Beschränkung auf die Verwaltung eigenen Vermögens	9
3. Juristische Personen und Personenhandelsgesell- schaften als Gewerbetreibende	10
III. Das stehende Gewerbe	11
1. Definition des stehenden Gewerbes	11
2. Die behördliche Kontrolle über stehendes Gewerbe . .	11
3. Anzeigepflicht	12
a) Voraussetzungen für die Anzeigepflicht	12
b) Folgen einer Nichtanzeige	14

4. Die Befugnisnorm des § 15 Abs. 2 S. 1 GewO	14
5. Persönliche Erlaubnisse nach §§ 30 ff. GewO	16
a) Allgemeines	16
b) Privatkrankenanstalten (§ 30 GewO)	17
c) Schaustellung von Personen (§ 33 a GewO)	17
d) Aufstellung von Spielgeräten (§ 33 c GewO)	18
e) Andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit (§ 33 d GewO)	18
f) Spielhallen (§ 33 i GewO)	19
6. Untersagung wegen Unzuverlässigkeit nach § 35 GewO	19
a) Anwendungsbereich des § 35 GewO	19
b) Zeitpunkt der Untersagung	20
c) Der Begriff der Unzuverlässigkeit	21
d) Das Erfordernis einer konkreten Gefahr	23
e) Erforderlichkeit der Gewerbeuntersagung	24
f) Die Vertretungsproblematik	24
g) Mitwirkungspflichten des Gewerbetreibenden (§ 35 Abs. 3 a GewO)	26
h) Schließung der Betriebsräume nach § 35 Abs. 5 GewO	26
i) Die Mitwirkung weiterer Behörden (§ 35 Abs. 4 GewO)	27
k) Der maßgebliche Zeitpunkt für die gerichtliche Entscheidung	28
7. Die öffentliche Bestellung als Sachverständiger (§ 36 GewO)	29
a) Der Anspruch auf Bestellung	29
b) Verfahren und Voraussetzungen der Bestellung	31
c) Das Ende der Bestellung	32
IV. Reisegewerbe	32
1. Begriff des Reisegewerbes	32
2. Reisegewerbekarte	34
3. Reisegewerbekartenfreie Tätigkeit	34
V. Messen, Ausstellungen, Märkte (§§ 64 ff. GewO)	35
1. Allgemeines	35

2. Begriff der Messe, Ausstellung und des Marktes	36
3. Die Festsetzung (§ 69 GewO)	36
a) Die Rechtsnatur der Festsetzung	36
b) Anfechtungsrechte gegen die Entscheidung der Be- hörde	39
c) Rücknahme und Widerruf der Festsetzung	40
4. Das Recht zur Teilnahme (§ 70 Abs. 1 GewO)	40
VII. Die Industrie- und Handelskammern	41
D. Handwerksordnung	42
I. Allgemeines	42
II. Der Handwerksbetrieb (§ 1 HandwO)	42
1. Das Merkmal der Selbständigkeit	42
2. Betrieb	42
3. Handwerksfähigkeit und Handwerksmäßigkeit	43
a) Handwerksfähigkeit	43
b) Handwerksmäßigkeit	44
4. Stehendes Gewerbe	44
III. Nebenbetrieb, Hilfsbetrieb und Zweigniederlassung	45
1. Nebenbetrieb	45
2. Hilfsbetrieb	47
IV. Der große Befähigungsnachweis	47
1. Die Meisterprüfung	47
2. Ausnahmegewilligung	48
3. Betreiben mehrerer Handwerke	49
4. Von Personen- und Kapitalgesellschaften betriebene Handwerke	49
5. Das Hinterbliebenenprivileg	50
V. Die Handwerksrolle	50
1. Eintragung von Amts wegen	50
2. Die Mitteilung der Handwerkskammer nach § 11 HandwO und die Eintragung in die Handwerksrolle	51
3. Löschung in der Handwerksrolle (§ 13 HandwO)	51

VI. Untersagung der Ausübung des Handwerks	52
VII. Handwerksähnliche Gewerbe	54
VIII. Die Organisation des Handwerks	55
1. Handwerksinnung (§§ 52–78 HandwO)	55
2. Innungsverbände (§§ 79–85 HandwO)	55
a) Übersicht	55
b) Die Grundrechtsfähigkeit von Innungen und In- nungsverbänden	56
3. Die Handwerkskammern (§§ 90 ff. HandwO)	56
 E. Gaststättenrecht	 58
I. Einführung	58
II. Der Begriff der Gaststätte	58
1. Gewerbe	58
2. Zugänglichkeit des Betriebes	58
3. Schankwirtschaft	59
4. Speisewirtschaft	59
5. Beherbergungsbetrieb	60
6. Gaststätten ohne gewerbliche Niederlassung	60
III. Die Gaststättenerlaubnis	61
1. Erlaubnisnehmer	61
2. Die Erlaubnis im einzelnen	61
3. Die Voraussetzungen für eine Erlaubnisverweigerung (§ 4 GastG)	62
a) Unzuverlässigkeit des Antragstellers (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG)	62
b) Ungeeignetheit der Räume (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 GastG)	63
c) Ungeeignete Lage der Räume (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 GastG)	63
d) Der Nachweis lebensmittelrechtlicher Kenntnisse (§ 4 Abs. 1 Nr. 4 GastG)	64
4. Auflagen zur Gaststättenerlaubnis (§ 5 GastG)	65

5. Erleichterte Zulassungstatbestände für die Führung einer Gaststätte	65
6. Rücknahme und Widerruf der Erlaubnis (§ 15 GastG)	66
7. Beschäftigungsverbot	67
F. Bundesimmissionsschutzgesetz (1. und 2. mit Bezügen zum 6. Teil)	69
I. Allgemeines	69
II. Begriffsbestimmungen (§ 3 BImSchG)	69
1. Immissionen und Emissionen (§ 3 Abs. 2 und Abs. 3 BImSchG)	69
2. Gefahr, Nachteil, Belästigung	70
3. Anlagen (§ 3 Abs. 5 BImSchG)	71
III. Die Genehmigungsvoraussetzungen (§ 6 BImSchG)	72
1. Allgemeines	72
2. Das Schutzprinzip (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG)	73
3. Das Vorsorgeprinzip (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG)	73
4. Immissionsschutzrecht und Bauplanungsrecht	74
5. Bestandsschutz	74
IV. Das Genehmigungsverfahren	75
1. Das förmliche Genehmigungsverfahren	75
a) Der Ablauf des Genehmigungsverfahrens	75
b) Drittschutz und Verfahren	77
c) Der Anspruch Dritter auf das „richtige“ Verfahren	78
2. Das gestufte Genehmigungsverfahren	79
a) Genehmigungstypen im Bundesimmissionsschutzgesetz	79
b) Die Teilgenehmigung (§ 8 BImSchG)	80
c) Der Vorbescheid (§ 9 BImSchG)	81
3. Das einfache Genehmigungsverfahren (§ 19 BImSchG)	82
V. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung	82
1. Gestattungswirkung	82
2. Konzentrationswirkung	83

3. Präklusionswirkung (§ 14 BImSchG)	83
4. Nebenbestimmungen (§ 12 BImSchG)	84
5. Die Änderungsgenehmigung (§ 15 BImSchG)	86
6. Erlöschen der Genehmigung (§ 18 BImSchG)	87
VI. Nachträgliche Entscheidungen	87
1. Nachträgliche Anordnungen (§ 17 BImSchG)	87
2. Untersagung, Stilllegung, Beseitigung (§ 20 BImSchG)	88
3. Widerruf der Genehmigung nach § 21 BImSchG	90
a) Die einzelnen Widerrufsgründe	90
b) Der teilweise Widerruf einer Genehmigung	91
c) Das Verhältnis von § 21 BImSchG zum Polizei- und Ordnungsrecht	92
VII. Nicht genehmigungsbedürftige Anlagen	93
1. Allgemeines	93
2. Betreiberpflichten bei nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen	93
3. Anordnungen nach §§ 24, 25 BImSchG	95
 Fälle und Lösungen	
zum Gewerbe- und Immissionsschutzrecht	96

Abkürzungen und abgekürzt zitierte Literatur

a. A.	anderer Ansicht
AO	Abgabenordnung
AOK	Allgemeine Ortskrankenkasse
Arndt, Umweltrecht	Arndt, Umweltrecht, in: Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 4. Auflage 1992, S. 831 ff.
Arndt, Wirtschafts- verwaltungsrecht	Arndt, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungs- recht, 4. Auflage 1992, S. 735 ff.
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
BauGB	Baugesetzbuch
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayLStVG	Bayerisches Landesstraf- und Verord- nungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BImSchG	Bundesimmissionsschutzgesetz
BImSchVO	Verordnung zum Bundesimmissions- schutzgesetz
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BV	Bayerische Verfassung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfas- sungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungssammlung des Bundesver- waltungsgerichts
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsche Verwaltungsblätter
Einl.	Einleitung
EuGH	Europäischer Gerichtshof

Friauf	Friauf, Kommentar zur Gewerbeordnung
GastG	Gaststättengesetz
GenTG	Gentechnikgesetz
GewArch	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GüKG	Güterkraftverkehrsgesetz
GerSiG	Gerätesicherheitsgesetz
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HS	Halbsatz
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. V. m.	in Verbindung mit
IHK	Industrie- und Handelskammer
IHKG	Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskam- mern (Sartorius Nr. 818)
Jarass	Jarass, Bundesimmissionsschutzgesetz, Kommentar, 1983
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kloepfer	Kloepfer, Umweltrecht, 1989
Kopp, VwGO	Kopp, Verwaltungsgerichtsordnung, Kom- mentar, 9. Auflage 1992
Kopp, VwVfG	Kopp, Verwaltungsverfahrensgesetz, Kom- mentar, 5. Auflage 1991
Kübler/Aberle/ Schubert	Kübler/Aberle/Schubert, Die Deutsche Handwerksordnung, Loseblatt-Kommen- tar
KWG	Kreditwesengesetz
L/R	Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, Kommentar
LSchlG	Ladenschlußgesetz
M/K	Michel/Kienzle, Das Gaststättengesetz, Kommentar, 11. Auflage 1992
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NVwZ	Neue Verwaltungsrechtszeitschrift

NVwZ-RR	Neue Verwaltungsrechtszeitschrift – Rechtssprechungsreport
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OVG	Oberverwaltungsgericht
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
Rdnr.	Randnummer
Redeker/ von Oertzen	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 10. Auflage 1991
Robinski	Robinski, Gewerberecht, 1983
Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht	Schenke, Polizei- und Ordnungsrecht, in: Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungs- recht, 4. Auflage 1992, S. 161 ff.
Sellner	Sellner, Immissionsschutzrecht und Indu- strianlagen, 2. Auflage 1988
SGB I	Sozialgesetzbuch, Allgemeiner Teil
SGB X	Sozialgesetzbuch, Verwaltungsverfahren
S/M	Siegert/Musielak, Das Recht des Hand- werks, Loseblatt-Kommentar
SO	Sachverständigenordnung
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
str.	strittig
TA	Technische Anleitung
Tettinger	Sieg/Leifermann/Tettinger, Gewerbeord- nung, Kommentar, 5. Auflage 1988
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung
UVP-G	Gesetz über die Umweltverträglichkeits- prüfung
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
WuV	Wirtschaft und Verwaltung
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZfSH/SGB	Zeitschrift für Sozialhilfe und SGB

A. Allgemeine Hinweise für das Arbeiten mit diesem Buch

Die Darstellung des Gewerbe- und Immissionsschutzrechts in diesem Buch ist zweigeteilt. Zuerst wird eine allgemeine Einführung in die wichtigsten, klausurrelevanten Probleme gegeben. Im zweiten Teil folgen dann Fälle mit Lösungen zur Übung und Vertiefung.

Der Schwerpunkt der Darstellungen liegt in der Erörterung solcher Probleme, die erfahrungsgemäß in Klausuren mit gewerberechtlichem oder immissionsschutzrechtlichem Einschlag besonders häufig auftreten. In der Regel läßt sich eine vernünftige Lösung einer Klausur unter Zuhilfenahme von Kenntnissen aus dem Allgemeinen Verwaltungsrecht und dem Verwaltungsprozeßrecht dann entwickeln, wenn die *richtige Befugnisnorm* gefunden wird und gewußt wird, welche behördlichen Maßnahmen als *Verwaltungsakte* einzuordnen sind und welche nicht. Beides aufzuzeigen und zu üben ist ein wesentliches Anliegen des Buches.

Bei der Lösung der Fälle ist genau auf die Fragestellung zu achten. Nicht immer ist der Fall vollständig nach den Kriterien Zulässigkeit, Begründetheit, formelle Rechtmäßigkeit, materielle Rechtmäßigkeit etc. durchzuprüfen. Gelegentlich ist auch nur nach einem Teilbereich (vor allem der materiellen Rechtmäßigkeit einer Maßnahme) gefragt.

B. Allgemeines zum Gewerberecht

I. Gewerberecht als Teil des Wirtschaftsrechts

Das Gewerberecht ist ein zentraler Teil des Wirtschaftsverwaltungsrecht. Es gehört zum Bereich des Wirtschaftsüberwachungsrechts, das im Gegensatz zum Wirtschaftslenkungsrecht steht (HENKE, DVBl. 1983, 982). Das Gewerberecht umfaßt den Bereich der Normen, die die Zugangsvoraussetzungen für gewerbliche Tätigkeiten sowie die Organisation, Zuständigkeit und die Eingriffsbefugnisse der auf diesem Feld agierenden öffentlichen Aufgabenträger bestimmen (TETTINGER, Einl. Rdnr. 1)

II. Die Gewerbeordnung als Grundnorm

1. Gewerbeordnung und Sondergesetze

Fall 1

Die Gewerbeordnung vom 21. 6. 1869 (jetzt i. d. F. der Bekanntmachung vom 1. 1. 1987) ist eines der ältesten noch geltenden deutschen Verwaltungsgesetze. Ihre zentrale Aussage ist die Garantie der Gewerbefreiheit in § 1 GewO. Danach ist die Aufnahme eines Gewerbes ohne vorhergehende Genehmigung zulässig (*Grundsatz der Gewerbefreiheit*). Lediglich besondere Gewerbearten sind genehmigungspflichtig.

Die Gewerbeordnung knüpft an an die Preußische Gewerbeordnung aus dem Jahr 1845. Es handelt sich bei der Gewerbeordnung ursprünglich um eine Kodifikation des Gewerberechts. Eine dreistellige Anzahl von Novellierungen und vor allem der Erlaß wichtiger Sondergesetze haben jedoch den gesetzestechnischen Zustand verkümmern lassen und ihren praktischen Anwendungsbereich ste-

tig vermindert (zu den gegenwärtigen Reformüberlegungen siehe SATTLER, GewArch 1991, 417ff.) So ist das Gewerberecht heute nur noch rudimentär in der Gewerbeordnung geregelt. Bundesimmissionsschutzgesetz, Gaststättengesetz, Handwerksordnung, Personenbeförderungsgesetz, Güterkraftverkehrsgesetz, Kreditwesengesetz, Außenwirtschaftsgesetz etc. enthalten vielfach *leges speciales* zur Gewerbeordnung.

Auf Normen der Gewerbeordnung darf deshalb nur dann zurückgegriffen werden, wenn in einem anderen gewerberechtlichen Gesetz keine Sondervorschrift enthalten ist.

Im übrigen gehören nicht alle Bestimmungen, die in der GewO enthalten sind, systematisch zum Gewerberecht als Teil des Wirtschaftsverwaltungsrechts. Die §§ 105 ff. GewO etwa betreffen vor allem arbeitsrechtliche Fragen.

2. Gewerbeordnung und Grundgesetz

Fall 2, Fall 3, Fall 4

a) Das Gewerberecht ist nach Art. 72, 74 Nr. 11 GG Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung. Unter dem Titel „Recht der Wirtschaft“ führt das Grundgesetz im erläuternden Klammerzusatz ausdrücklich die Sachmaterie „Gewerbe“ auf. Wichtig ist, daß dieser Begriff umfassend zu verstehen ist. Es begründet eine Bundeskompetenz nicht nur für das Gewerberecht im eigentlichen Sinne, sondern für das sog. *technische Sicherheitsrecht*, welches allgemein dem Schutz vor dem Betrieb technisch-industrieller Anlagen dient, auch wenn es sich nicht um einen Gewerbebetrieb im Sinne der Gewerbeordnung handelt (BVerfGE 41, 344/353; Beispiel: Aufzugsanlagen eines Landwirts waren überwachungsbedürftige Anlagen nach § 24 Abs. 3 Nr. 5 GewO a. F., obwohl der Landwirt [Urproduktion!] kein Gewerbe nach § 1 GewO betreibt; die Materie ist jetzt im GerSiG geregelt).

b) Die Ausführung der GewO gehört zum Bereich der Landes eigenverwaltung (Art. 83, 84 GG). Die Bestimmung der jeweils zuständigen Behörden obliegt weitgehend dem Landesrecht (§ 155 Abs. 2 GewO).

c) Die GewO ist heute ein „Ausführungsgesetz“ zu Art. 12 Abs. 1 GG. Diese Verfassungsbestimmung umfaßt auch die Gewerbefreiheit, wie sie in § 1 GewO niedergelegt ist. Bei der fallmäßigen Überprüfung gewerbeaufsichtlicher Maßnahmen ist speziell auf diesen verfassungsrechtlichen Hintergrund zu achten.

Obwohl Art. 12 Abs. 1 GG eine gegenüber § 1 GewO weitergehende (Art. 12 Abs. 1 GG umfaßt etwa auch unselbständige Tätigkeiten) und normhierarchisch höherrangige Garantie enthält, ist § 1 GewO deshalb nicht funktionslos. So gilt § 1 GewO auch für Ausländer, Art. 12 Abs. 1 GG hingegen nicht. Allerdings können sich Ausländer auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen, so daß diese Funktion des § 1 GewO ebenfalls nicht sehr bedeutsam ist. (Im übrigen ist die Vorstellung fragwürdig, Art. 12 Abs. 1 GG sei ein gegenüber Art. 2 Abs. 1 GG „stärkeres“ Grundrecht. Vor allem ist die sog. Drei-Stufen-Theorie nichts anderes als eine Ausformung des Übermaßverbotes. Das Übermaßverbot gilt aber auch bei Eingriffen in Art. 2 Abs. 1 GG.)

§ 1 GewO hat deshalb vor allem *kompetenzrechtliche Bedeutung*. Den Ländern ist es durch § 1 GewO untersagt, neben den bundesrechtlichen weitere landesrechtliche Zugangsvoraussetzungen für die Ausübung eines Gewerbes aufzustellen.

d) Die Anforderungen der GewO und der gewerberechtlichen Spezialgesetze bilden nur einen Ausschnitt aus dem Bereich möglicherweise erforderlicher staatlicher Genehmigungen. Je nach Sachgebiet sind u. U. andere Erlaubnisse erforderlich, etwa aus baurechtlichen, straßenrechtlichen oder wasserrechtlichen Bestimmungen. Die gewerberechtlichen Erlaubnisse haben nur insoweit Konzentrationswirkung, wie das ausdrücklich angeordnet ist (siehe vor allem § 13 BImSchG).

C. Gewerbeordnung

I. Der Begriff des Gewerbes

Fall 5

1. Allgemeines

§ 1 Abs. 1 GewO ist die zentrale Bestimmung für den Einstieg in die Gewerbeordnung. Die Gewerbeordnung ist im Grundsatz nur dann anwendbar, wenn ein Gewerbe im Sinne der Gewerbeordnung betrieben wird. Nur der Gewerbetreibende unterliegt der Anzeigepflicht nach § 14 GewO, nur gegen einen Gewerbetreibenden ist eine Untersagungsverfügung nach § 35 GewO möglich. Da die Gewerbeordnung keine Legaldefinition enthält, ist es unumgänglich, die herrschende Definition zu kennen. Ein Gewerbe kennzeichnet sich danach durch folgende Merkmale:

- a) Es muß sich um eine *nicht sozial unwertige Tätigkeit* handeln (nach a. A.: um eine von der Rechtsordnung erlaubte Tätigkeit).
- b) Die Tätigkeit muß *auf Gewinnerzielung gerichtet* sein.
- c) Die Tätigkeit muß *auf Dauer angelegt* sein.
- d) Die Tätigkeit muß *selbständig ausgeübt* werden.
- e) Es darf sich nicht um die Ausübung eines freien Berufs (freie wissenschaftliche, künstlerische oder schriftstellerische Tätigkeit „höherer“ Art oder persönliche Dienstleistungen „höherer“ Art, die eine „höhere“ Bildung erfordern), um Urproduktion oder die Verwaltung eigenen Vermögens handeln.
- f) Die Tätigkeit muß wirtschaftlich ein gewisses Gewicht haben, es darf sich also *nicht um eine Bagatelltätigkeit* handeln.

Die Reihenfolge einer klausurmäßigen Prüfung ist verhältnismäßig gleichgültig. Oft bietet sich folgende Gliederung an:

- a) Positive Merkmale
 - aa) auf Dauer angelegt
 - bb) auf Gewinnerzielung gerichtet
 - cc) selbständig

b) Negative Merkmale

aa) nicht sozial unwertig

bb) keine Urproduktion

cc) kein freier Beruf

dd) keine Beschränkung auf die Verwaltung eigenen Vermögens

ee) keine Bagateltätigkeit.

In Zweifelsfällen kann man für sämtliche Merkmale auf das *Gesamtbild der Tätigkeit* und die *Verkehrsanschauungen* abstellen.

2. Die Merkmale im einzelnen

a) Gewerbe als auf Dauer angelegte Tätigkeit

Nicht unter den Gewerbebegriff fallen einmalige Tätigkeiten. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn die einmalige Tätigkeit einen Umfang hat, die sie zu einer länger andauernden Tätigkeit werden läßt (Beispiel: Planung und Durchführung eines industriellen Großvorhabens). „Auf Dauer angelegt“ ist dabei nicht gleichbedeutend mit „ununterbrochen“. Entscheidend ist, daß es sich um eine wiederholte Tätigkeit handelt. Daß die Tätigkeit von vornherein auf einen bestimmten Zeitraum befristet ist, spricht ebenfalls nicht gegen ihre Dauerhaftigkeit. In Zweifelsfällen kann man sich am Bagatellmerkmal orientieren. Es ist nicht Ziel der Gewerbeordnung, „Kleinigkeiten“ einer Regelung zu unterziehen.

b) Gewinnerzielungsabsicht

Fall 6

Es kommt für die Erfüllung des Gewerbebegriffs auf die Absicht an, in der Zukunft Gewinne zu erzielen. Ob aktuell tatsächlich Gewinn erzielt wird, ist irrelevant. Nicht gegen die Gewerbeeigenschaft spricht es auch, wenn sich für einen bestimmten Zeitraum Verluste abzeichnen und das Geschäft trotzdem weiter- oder durchgeführt wird.

Gewinnerzielungsabsicht als Nebenzweck reicht aus. Liegt der Zweck einer Tätigkeit aber allein in der Daseinsvorsorge (Beispiel: Öffentliche Verkehrsunternehmen), wird hingegen die Gewerbeei-
genschaft verneint (TETTINGER, § 1 Rdnr. 5). Die Abgrenzung ist im einzelnen schwierig, jedoch ohne große praktische Relevanz. Fehlt es bei Privatleuten an der Gewinnerzielungsabsicht, liegt kein Gewerbe, sondern ein Hobby vor.

c) Selbständigkeit

Eine Tätigkeit ist i. d. R. dann selbständig, wenn sie nach außen im eigenen Namen sowie in eigener Verantwortung (auf eigene Rechnung, in persönlicher und sachlicher Unabhängigkeit) ausgeübt wird. Entscheidend ist das Gesamtbild der Tätigkeit. Nicht selbständig sind vor allem Arbeitnehmer und Heimarbeiter. Auch der Stellvertreter nach § 45 GewO (lesen!) ist kein Gewerbetreibender.

Beachte: Die Vorschriften über das Reisegewerbe (§§ 55ff. GewO) gelten teilweise auch bei unselbständiger Tätigkeit (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO).

d) Der Ausschluß sozial unwertiger Tätigkeiten

Fall 7

Nicht unter den Gewerbebegriff fallen Tätigkeiten, die generell verboten sind (z. B. gewerbsmäßiger Diebstahl, Hehlerei, Zuhälterei). Wird hingegen nur hinsichtlich bestimmter Modalitäten gegen die Rechtsordnung verstoßen (z. B. bei der Schwarzarbeit), liegt ein Gewerbe vor.

Umstritten ist die Einordnung der Prostitution. Die h. M. hält (noch) daran fest, daß es sich um eine sozialschädliche, gegen das Sittengesetz verstoßende Tätigkeit handelt, die nicht als Gewerbe einzuordnen sei (ROBINSKI, S. 20f.). Ebenfalls vertretbar ist aber die Gegenauffassung, die auch für den Bereich des Art. 12 Abs. 1 GG mehr und mehr Befürworter findet (Nachweise zu beiden Fra-

gekreisen bei TETTINGER, § 1 Rdnr. 7). Astrologie ist hingegen keine sozial unwertige Tätigkeit und kann als Gewerbe betrieben werden (BVerwGE 22, 286/295). Gleiches gilt für Kartenlegen, Handlesen, Hellsehen etc.

e) Das Verhältnis von § 1 und § 6 GewO

Bestimmte Bereiche von Tätigkeiten werden traditionell insgesamt aus dem Gewerbebegriff ausgeklammert. Um sich in der sehr kasuistischen Rechtsprechung und h. M. die Übersicht zu erleichtern, empfiehlt sich ein Blick auf § 6 GewO, wenn es darum geht, ob eine bestimmte Tätigkeit, die die positiven Gewerbemerkmale erfüllt, unter bestimmte Normen der GewO fällt. Bei den dort genannten Tätigkeiten kann die Frage, ob ein Gewerbe i.S.d. § 1 GewO vorliegt, häufig offenbleiben. Doch Achtung: § 6 GewO ist mißverständlich formuliert! Es läßt sich nicht der Schluß ziehen, alle in § 6 GewO genannten Tätigkeiten seien Gewerbe i.S.d. § 1 GewO. Viele der genannten Tätigkeiten erfüllen nicht die Voraussetzungen des Gewerbebegriffs. Trotz der damit verbundenen Unklarheit vermindert § 6 GewO das Risiko der falschen Antwort bei der Frage der Anwendbarkeit von Normen der GewO auf bestimmte Berufsgruppen.

Beispiel: Es ergeht eine Maßnahme nach § 35 GewO gegenüber einem Viehzüchter. Da § 6 S. 2 2. HS GewO keine Anwendbarkeit der Vorschrift auf die Viehzucht vorsieht, kommt es nicht darauf an, ob es sich um Urproduktion handelt oder nicht, was etwa dann schwierig zu entscheiden ist, wenn der Viehzuchtbetrieb über keine oder nur eine geringe eigene Futtergrundlage verfügt.

f) Keine Urproduktion

Im einzelnen zählen zur Urproduktion alle diejenigen Tätigkeiten, die der Erzeugung roher Naturerzeugnisse dienen. Hierzu gehören vor allem Land- und Forstwirtschaft, Tierzucht, Jagd, Fischerei und Bergbau. Für die Tierzucht kommt es nach richtiger Auffassung nicht auf das Vorhandensein einer eigenen Futterbasis an

(TETTINGER, § 1 Rdnr. 8). Etwa das Verbot der Sonntagsbeschäftigung (§ 105 a GewO) „paßt“ auch für Betriebe ohne eigene Futtergrundlage nicht (TETTINGER, aaO). Nebenbetriebe, die einem Betrieb der Urproduktion gegenüber „dienende Funktion“ haben, sind ebenfalls keine Gewerbebetriebe, sofern sie nach der Verkehrsauffassung mit jenem eine Einheit bilden (TETTINGER, § 1 Rdnr. 8).

g) Keine Ausübung eines „freien“ Berufs

Fall 8

Nicht zum Gewerbe zählen die „freien“ Berufe, also wissenschaftliche, künstlerische und schriftstellerische Tätigkeiten „höherer“ Art, sowie persönliche Dienstleistungen „höherer“ Art, die eine „höhere“ Bildung erfordern, etwa die Arbeit des Rechtsanwalts (siehe § 2 Abs. 1 BRAO). In vielen Fällen gibt es allerdings keine ausdrückliche gesetzliche Qualifikationsentscheidung. Hier entscheidet letztlich das Gesamtbild unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung. Einige wichtige Einzelfälle:

Ein Gewerbe üben aus der Apotheker(!) [siehe allerdings § 6 S. 1 GewO] und der Kfz-Sachverständige.

Kein Gewerbe üben aus der Graphologe, der Dolmetscher und der Jura-Repetitor.

Eine „höhere“ Bildung wird nur dann angenommen, wenn die Tätigkeit den Abschluß eines Fachhochschul- oder Hochschulstudiums erfordert (BVerwGE 78, 6/8).

h) Keine Beschränkung auf die Verwaltung eigenen Vermögens

Fall 9

Keine gewerbliche Tätigkeit ist die Verwaltung eigenen Vermögens. Vor allem bei diesem Merkmal kommt zum Ausdruck, was auch im übrigen für die Auslegung des Gewerbebegriffs gilt: Eine Tätigkeit muß eine gewisse wirtschaftliche Bedeutung haben und deshalb überwachungsbedürftig sein, um vom Vorliegen eines Ge-

werbes ausgehen zu können (TETTINGER, § 1 Rdnr. 11). Entscheidend sind jeweils die Umstände des Einzelfalls. Die Vermietung von 2 oder 3 Objekten ist keine Gewerbetätigkeit, wohl aber die Errichtung eines Ärztehauses mit 21 Wohnungs-, Büro- und Praxiseinheiten (BGH, NJW 1981, 1665f. im Hinblick auf § 34 c Abs. 1 Nr. 2a GewO).

3. Juristische Personen und Personenhandelsgesellschaften als Gewerbetreibende

Die juristische Person des Privatrechts ist selbst Gewerbetreibende. Bei der Vorgesellschaft einer zu gründenden GmbH sind die unternehmerisch tätigen Gründer Gewerbetreibende (BVerwG, GewArch 1993, 156f.), bei den Personenhandelsgesellschaften die vollhaftenden Gesellschafter (OVG Saarlouis, NJW 1992, 2846). Letzteres gilt zumindest für diejenigen, die nicht von Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen sind (OVG Saarlouis, aaO, 2847). Kommanditisten sind hingegen i. d. R. keine Gewerbetreibende. Etwas anderes kann jedoch dann gelten, wenn der Kommanditist abweichend vom gesetzlichen Leitbild Geschäftsführungs- oder Vertretungsbefugnisse hat. Zu beachten ist, daß bestimmte Erlaubnisse nur natürlichen Personen erteilt werden dürfen, z. B. die zum Betrieb des Versteigerungsgewerbes (§ 34 b Abs. 3 GewO).

Zur Übung: Fall 10

III. Das stehende Gewerbe

1. Definition des stehenden Gewerbes

Fall 11, Fall 12

Die Gewerbeordnung unterscheidet drei Gewerbearten, das stehende Gewerbe (§§ 14 – 52 GewO), das Reisegewerbe (§§ 55–61 a GewO) und die Messen, Ausstellungen und Märkte (§§ 64–71 b GewO, kurz: Marktverkehr)

Der Begriff des stehenden Gewerbes ist in der GewO nicht definiert. Ob ein stehendes Gewerbe vorliegt, ist deshalb folgendermaßen zu ermitteln:

Erstens muß der Gewerbebegriff (§ 1 GewO) erfüllt sein.

Zweitens darf kein Reisegewerbe vorliegen.

Drittens darf es sich nicht um Marktverkehr handeln.

Der Begriff des stehenden Gewerbes hat also Auffangfunktion. Liegt ein Gewerbe, jedoch kein Reisegewerbe und kein Marktverkehr vor, handelt es sich um ein stehendes Gewerbe (ROBINSKI, S. 34). Eine gewerbliche Niederlassung (§ 42 GewO) ist deshalb *nicht* Voraussetzung für das Vorliegen eines stehenden Gewerbes. Ein „stehendes“ Gewerbe übt etwa auch derjenige aus, der zwar ständig reist, seine Kunden aber nur auf Bestellung besucht (dann liegt kein Reisegewerbe vor, siehe § 55 Abs. 1 GewO: „ohne vorhergehende Bestellung“).

2. Die behördliche Kontrolle über stehendes Gewerbe

Die Aufnahme eines stehenden Gewerbes ist nach der GewO i.d.R. nur anzeige-, nicht hingegen erlaubnispflichtig (§ 14 GewO). Die Anzeige erleichtert den Behörden die Überwachungstätigkeit, vor allem die Durchführung von Maßnahmen nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO und § 35 GewO. Soweit die GewO oder eine hierauf gestützte Rechtsverordnung dies vorsehen, kann das Betreiben eines stehenden Gewerbes jedoch auch erlaubnispflichtig sein.

Nach §§ 30ff. GewO ist für bestimmte Gewerbe eine besondere, an die Person gebundene Erlaubnis erforderlich. Hier gibt es zwei Untergruppen:

aa) Bei den rein persönlichen Erlaubnissen kommt es nur auf die persönliche Eignung des Gewerbetreibenden an (z.B. bei §§ 34, 34a, 34b, 34c GewO).

bb) Andere Erlaubnisse sind zwar auch persönlicher Art, gehen also beim Übergang des Betriebes nicht auf den Rechtsnachfolger über. Sie haben jedoch auch eine geräte- oder sachbezogene Komponente (insbesondere §§ 30, 33c, 33d, 33i GewO). So kann z.B. die Erlaubnis zum Betrieb einer Privatkrankenanstalt verweigert werden, wenn die baulichen und technischen Einrichtungen einer Anstalt den gesundheitspolizeilichen Anforderungen nicht entsprechen (§ 30 Abs. 1 Nr. 3 GewO). Folglich bedarf der Gewerbetreibende für jede Betriebsstätte einer eigenen Erlaubnis.

3. Anzeigepflicht

a) Voraussetzungen für die Anzeigepflicht

Fall 13, Fall 14, Fall 15

Der Betrieb eines stehenden Gewerbes ist anzeigepflichtig (§ 14 GewO). Dies dient den Behörden zur effektiven Überwachung der Betriebe. Auf einem Vordruck sind Angaben zur Person und zum ausgeübten Gewerbe zu machen (siehe § 14 Abs. 4 GewO). Die Anzeigepflicht entfällt deshalb nicht, wenn der Behörde die Gewerbetätigkeit bereits anderweitig bekannt ist (BVerwG, GewArch 1976, 293/294). Voraussetzungen für die Anzeigenpflicht sind:

aa) Es muß ein stehendes Gewerbe vorliegen.

und

bb) Der Betrieb muß angefangen werden (§ 14 Abs. 1 S. 1 GewO). Dies ist der Fall mit der ersten Handlung, die von Außenstehenden als Teilnahme am wirtschaftlichen Verkehr verstanden werden kann. Hierzu zählt noch nicht der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages, wohl aber die Anmietung von Räumen und die Anstellung

von Personal (BVerwG, GewArch 1993, 156/157, TETTINGER, § 14 Rdnr. 8), erst recht der Beginn der Kundenwerbung. Ansonsten ist der Begriff des Anfangens weit zu verstehen. Hierunter fallen auch die Neueröffnung, die Wiedereröffnung nach Aufgabe sowie alle Veränderungen in der personellen Trägerschaft, etwa der Eintritt eines neuen Gesellschafters oder Weiterführung durch einen überlebenden Ehegatten. „Anfangen“ ist auch die Übernahme eines bestehenden Betriebes durch einen neuen Inhaber (ROBINSKI, S. 43).

oder

cc) Der Betrieb muß verlegt werden (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GewO). Dies gilt für Verlegungen im Zuständigkeitsbereich einer Behörde ebenso wie für Verlegungen in den Bereich einer anderen Behörde (TETTINGER, § 14 Rdnr. 9). Welche Behörden sachlich und örtlich zuständig sind, bestimmt im übrigen das Landesrecht (§ 155 Abs. 2 GewO). Etwa in Bayern sind die Gemeinden für die Entgegennahme der Anzeige zuständig (§ 2 Abs. 3 S. 1 GewV, Ziegler Nr. 310). Beachte auch die Sonderregelung des § 14 Abs. 3 GewO: Der selbständige Automatenaufsteller muß allen örtlich zuständigen Behörden Anzeige erstatten.

oder

dd) Der Gegenstand des Gewerbes muß gewechselt oder ausgedehnt werden (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GewO). Ob einer dieser Tatbestände gegeben ist, hängt von den Verkehrsanschauungen ab.

oder

ee) Der Betrieb muß aufgegeben werden (§ 14 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 GewO).

Die genannten Grundsätze gelten auch für Zweigniederlassungen oder unselbständige Zweigstellen (vgl. § 14 Abs. 1 S. 1 GewO). Der Unterschied von Zweigstellen und Zweigniederlassungen liegt in der größeren Selbständigkeit letzterer gegenüber der Hauptniederlassung. Die genaue Abgrenzung ist für § 14 GewO nicht wesentlich. Eine Zweigstelle (keine Zweigniederlassung) ist z. B. ein Auslieferungslager oder eine Annahmestelle einer Wäscherei (ROBINSKI, S. 42).

b) Folgen einer Nichtanzeige

Fall 16

Die Nichterstattung einer Anzeige ist eine Ordnungswidrigkeit (§ 146 Abs. 2 Nr. 1 GewO). Sie führt aber nicht dazu, daß der Betrieb des Gewerbes untersagt werden kann. Als Befugnisgrundlage käme nur § 15 Abs. 2 S. 1 GewO in Betracht. Die Anzeige führt aber nicht zu einer „Zulassung“. Vielmehr erhält der Gewerbetreibende nur eine Empfangsbestätigung (sog. Gewerbeschein). Es handelt sich insoweit nicht um einen Verwaltungsakt (TETTINGER, § 15 Rdnr. 1).

Des weiteren kann die Behörde den Gewerbetreibenden durch Verwaltungsakt zur Erfüllung der Anzeigepflicht auffordern (BVerwG, GewArch 1976, 293/294; E 78, 6/7f.). Diese Aufforderung kann dann im Wege des Verwaltungszwanges durchgesetzt werden. Als „Minus“ wird man der Behörde dann auch das Recht zugestehen müssen, die Gewerbeeigenschaft einer Tätigkeit durch Verwaltungsakt festzustellen (so BVerwG, GewArch 1991, 68f. für die Feststellung der Genehmigungsbedürftigkeit einer Tätigkeit nach § 34c Abs. 1 Nr. 1 GewO). Für beide Maßnahmen bedarf es aufgrund des rechtstaatlichen Vorbehaltes des Gesetzes zwar einer gesetzlichen Grundlage. *Nicht erforderlich ist aber eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage.* Im Wege der Auslegung lassen sich die entsprechenden gesetzlichen Ermächtigungen § 14 GewO entnehmen.

4. Die Befugnisnorm des § 15 Abs. 2 S. 1 GewO

§ 15 Abs. 2 S. 1 GewO ist neben § 35 GewO die zentrale Befugnisnorm für behördliche Eingriffe in stehende Gewerbe. Verfügungen nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO können einen unterschiedlichen Konkretisierungsgrad haben. Denkbar ist, daß lediglich die Ausübung eines Gewerbes, das zulassungspflichtig ist, untersagt wird. § 15 Abs. 2 S. 1 GewO ermächtigt aber auch zu der Vollstreckung fähigen Stilllegungsverfügungen (ARNDT, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rdnr. 273).

Voraussetzung für die Anwendung des § 15 Abs. 2 S. 1 GewO ist es, daß es sich um ein *stehendes Gewerbe* handelt.

Es muß weiterhin eine besondere Erlaubnis erforderlich sein. Die Erlaubnispflicht kann sich aus der GewO (§§ 30, 33a, 33c, 33d, 33i, 34, 34a, b, c) oder aus gewerberechtlichen Spezialgesetzen ergeben (z.B. § 2 GastG, § 2 PBefG). Anlagenbezogene Genehmigungen z.B. nach dem BImSchG fallen hingegen nicht unter § 15 Abs. 2 S. 1 GewO!

Zum Teil gibt es spezielle Regelungen, die eine Anwendung des § 15 Abs. 2 S. 1 GewO ausschließen. Die wichtigste ist § 16 Abs. 3 HandwO. Anwendbar ist § 15 Abs. 2 S. 1 GewO hingegen im Gaststättenrecht (§ 31 GastG).

§ 15 Abs. 2 S. 1 GewO ist eine *Ermessensbestimmung*. Von besonderer Bedeutung ist deshalb die Beachtung des *Übermaßverbotes*. Die Behörde ist vor Erlaß einer Verfügung nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO verpflichtet, den Gewerbetreibenden aufzufordern, einen entsprechenden Antrag zu stellen, wenn eindeutig ist, daß die materiellen Genehmigungsvoraussetzungen vorliegen. Bestehen hieran allerdings Zweifel, kann die Behörde sofort eine Verfügung nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO erlassen.

Eine Verfügung nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO ist ein Dauerverwaltungsakt (zum Begriff des Dauerverwaltungsaktes siehe MANSSEN, ZfSH/SGB 1991, 225 ff.). Bei gerichtlicher Anfechtung entscheidet der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz (AßFALG, GewArch 1988, 219 ff.). Dies wird man allerdings auf die Ermessensprüfung nicht erstrecken können. Hierfür muß der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung maßgeblich sein. Nur die bis dahin entstandenen Tatsachen sind in der Ermessensausübung zu berücksichtigen (AßFALG, GewArch 1988, 292).

Umstritten ist, ob Dritte ein formelles subjektiv-öffentliches Recht (= Anspruch auf Ermessensausübung unter angemessener Berücksichtigung der eigenen Interessen) auf Erlaß einer Verfügung nach § 15 Abs. 2 GewO haben (ablehnend L/R-MARCKS, § 15 Rdnr. 19). Ein solches Recht ist anzuerkennen, wenn ein Erlaubnisantrag wegen drittschützender Normen abzulehnen wäre (VGH Kassel, GewArch 1992, 344 ff.).

5. Persönliche Erlaubnisse nach §§ 30ff. GewO

a) Allgemeines

aa) Die §§ 30ff. GewO führen durchwegs zu *gebundenen Entscheidungen*. Die Erlaubnisse sind also zu erteilen, wenn die jeweils genannten Voraussetzungen vorliegen.

bb) Die Erlaubnisse nach den §§ 30, 33 a, und 33 i GewO erlöschen, wenn der Betrieb nicht innerhalb eines Jahres begonnen wurde oder wenn er während des Zeitraums von einem Jahr nicht mehr ausgeübt wird (§ 49 Abs. 2 GewO). Auch für die Stellvertretung gelten teilweise Sonderregelungen gegenüber normalen stehenden Gewerbebetrieben (§ 47 GewO).

cc) erweist sich der Inhaber einer Erlaubnis als unzuverlässig, ist die Erlaubnis zurückzunehmen oder zu widerrufen (§§ 48, 49 VwVfG). Ob § 48 oder § 49 VwVfG einschlägig ist, hängt davon ab, ob die Unzuverlässigkeit von Beginn an vorlag (dann ist die erteilte Genehmigung rechtswidrig mit der Folge der Rücknehmbarkeit nach § 48 VwVfG), oder ob die Unzuverlässigkeit erst später eintrat (dann: Widerrufsmöglichkeit nach § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG). Eine Genehmigung nach den §§ 30ff. GewO ist ein Zeitpunkt-, kein Zeitraum(= Dauerverwaltungs-)akt. Der Verwaltungsakt „wird“ deshalb nicht rechtswidrig, wenn die Erlaßvoraussetzungen später wegfallen (auch dazu siehe MANSSEN, ZfSH/SGB 1991, 225 ff.).

dd) Die zuständige Behörde kann die Genehmigungspflichtigkeit von Tätigkeiten nach §§ 30ff. GewO durch Verwaltungsakt gegenüber dem Gewerbetreibenden feststellen (BVerwG, GewArch 1991, 68f.). Eine ausdrückliche Ermächtigung enthalten die entsprechenden Bestimmungen der Gewerbeordnung zwar nicht. Die notwendige gesetzliche Ermächtigung läßt sich ihnen aber im Wege der Auslegung entnehmen. Für ein solches Auslegungsergebnis spricht vor allem der Zweck einer präventiven Gewerbeüberwachung (BVerwG, aaO, 69). Hingegen ist die Behörde nicht berechtigt, den Gewerbetreibenden durch Verwaltungsakt zu verpflichten, einen Antrag zu stellen. Das ist mit dem Sinn eines Antragser

fordernisses nicht vereinbar (DIEFENBACH, GewArch 1991, 281/282).

b) Privatkrankenanstalten (§ 30 GewO)

Fall 17

Eine Privatkrankenanstalt ist eine Anstalt, die der Durchführung einer *stationären* Krankenhausbehandlung dient. Die Erlaubnis nach § 30 GewO für Privatkrankenanstalten ist eine solche persönlicher Art mit räumlicher Komponente. Der Unternehmer braucht selbst nicht Arzt zu sein. Um vor allem das Erfordernis des § 30 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 GewO zu erfüllen, wird ein Nichtarzt die Genehmigung nach § 30 GewO jedoch nur dann erhalten können, wenn er einen entsprechend qualifizierten Arzt mit der fachlichen Leitung der Anstalt beauftragt. Zu beachten ist weiterhin, daß § 30 Abs. 1 Nr. 3 und Nr. 4 GewO zugunsten von Mitbewohnern und Nachbarn drittschützend sind (§ 42 Abs. 2 VwGO).

c) Schaustellung von Personen (§ 33a GewO)

Fall 18, Fall 19, Fall 20

§ 33a GewO unterwirft die gewerbliche Schaustellung von Personen einer Genehmigungspflicht. Eine Genehmigung benötigt der Lokalinhaber, nicht der Darsteller oder die Darstellerin. Diese benötigen jedoch u. U. eine Reisegewerbekarte nach § 55 Abs. 1 Nr. 2 GewO. Das BVerwG vertritt die Auffassung, Peep-Shows seien wegen Verstoßes gegen die Menschenwürde der Darstellerinnen – anders als Striptease-Vorführungen – sittenwidrig (BVerwGE 64, 274 ff.). Der entscheidende Unterschied wird darin gesehen, daß bei Striptease-Vorführungen Blickkontakt zwischen Darstellerinnen und Betrachtern besteht. Folglich sind Genehmigungen für Peep-Shows nach § 33a Abs. 2 Nr. 2 GewO zu versagen. Früher erteilte Genehmigungen sind nach § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG nichtig. Das kann nach § 44 Abs. 5 VwVfG von der Behörde festgestellt werden.

Sittenwidrig ist auch der sog. Zwergenweitwurf (VG Neustadt, NVwZ 1993, 98f.). Eine solche Veranstaltung, bei der Teilnehmer aus dem Publikum einen kleinwüchsigen „Artisten“ möglichst weit werfen sollen, sind nicht nach § 33a Abs. 1 S. 2 GewO genehmigungsfrei. Denn das sportliche oder akrobatische Element steht nicht im Vordergrund. Vielmehr handelt es sich um eine „derbe Volksbelustigung“ (VG Neustadt, aaO, 99). Die Sittenwidrigkeit der Veranstaltung folgt wie bei den Peep-Shows aus einem Menschenwürdeverstoß, der „Objektrolle“, in die der „Zwerg“ sich begibt.

Zweifelsfrei sittenwidrig ist die Zurschaustellung von Frauen hinter Gittern in einem Nachtclub (VHG München, GewArch 1992, 228f.).

d) Aufstellung von Spielgeräten (§ 33c GewO)

§ 33c GewO stellt die gewerbliche Aufstellung bestimmter Spielgeräte unter Erlaubnispflicht. Die Erlaubnis gilt allgemein, d. h. für die Aufstellung beliebig vieler Geräte im Geltungsbereich der GewO. Zu beachten ist jedoch, daß im Hinblick auf den konkreten Aufstellungsort eine besondere Bestätigung nach § 33c Abs. 3 GewO (Verwaltungsakt!) erforderlich ist.

e) Andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit (§ 33d GewO)

Andere Spiele sind solche, die weder unter die Spielgeräte des § 33c Abs. 1 S. 1 GewO noch unter die Glücksspiele des § 284 StGB fallen (vgl. § 33h Nr. 3 GewO). In Betracht kommen Glücksspiele um geringwertige Gegenstände, sowie Geschicklichkeitsspiele (TETTINGER, § 33d Rdnr. 2). Zu beachten sind die besonderen Rücknahme- und Widerrufsregeln nach § 33d Abs. 4 und Abs. 5 GewO. Sie schließen nach h.M. die Anwendung der §§ 48, 49 VwVfG jedoch nicht aus (TETTINGER, § 33d Rdnr. 14). Eine Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO wegen Unzuverlässigkeit kommt hingegen nicht in Betracht (§ 35 Abs. 8 S. 1 GewO. a. A. TETTINGER, § 33d Rdnr. 14). Die Bescheinigung des Bundeskrimi-

nalantes nach § 33 d Abs. 2 GewO, die der Gewerbetreibende vorlegen muß, ist im übrigen ein Verwaltungsakt.

f) Spielhallen (§ 33 i GewO)

Fall 21

Spielhallen sind Betriebe, in denen durch Aufstellen von Spielgeräten und Spielen den Gästen ausschließlich oder zumindest überwiegend Gelegenheit gegeben wird, ihrem Spieltrieb nachzugehen. Dabei ist es gleichgültig, ob die Spiele Gewinnmöglichkeiten bieten oder nicht (anders bei § 33 c und § 33 d GewO!).

Steht in einem Raum nicht der Spielbetrieb, sondern der Gaststättenbetrieb im Vordergrund, handelt es sich nicht um einen kombinierten Spielhallen- und Gaststättenbetrieb, sondern ausschließlich um eine Gaststätte. Ein *Nebenraum* zu einer Gaststätte kann hingegen eine erlaubnisbedürftige Spielhalle sein (DIEFENBACH, Gew-Arch 1991, 289).

Auslegungsprobleme bereitet vor allem der Versagungsgrund der übermäßigen Ausnutzung des Spieltriebs (§ 33 i Abs. 2 Nr. 3 GewO). Richtigerweise kommt es nur auf den Betrieb der jeweiligen Spielhalle an. Verhindert werden soll die ausbeuterische Ausnutzung eines durch übersteigerte Gewinnerwartungen geschaffenen Anreizes, sich mit unkontrollierter Risikobereitschaft einer großen Verlustgefahr auszusetzen (so TETTINGER, § 33 i Rdnr. 13). Der Betrieb anderer Spielhallen in der Nachbarschaft bleibt deshalb bei der Beurteilung außer Betracht (BVerwG, NVwZ 1985, 268/269).

6. Untersagung wegen Unzuverlässigkeit nach § 35 GewO

a) Anwendungsbereich des § 35 GewO

Fall 22

§ 35 GewO ist die zentrale Bestimmung für die Aufgabenerfüllung durch die Gewerbebehörden. Am Beginn jeder klausurmäßigen

Prüfung einer Verfügung, die auf § 35 GewO gestützt wird, ist zunächst zu klären, ob § 35 GewO überhaupt anwendbar ist. Nach § 35 Abs. 8 GewO schließen solche Bestimmungen die Anwendung des § 35 Abs. 1–7 GewO aus, die die Überprüfung der Zuverlässigkeit ermöglichen. Dies sind zunächst die §§ 48, 49 VwVfG, nach denen die Rücknahme oder der Widerruf von besonderen Genehmigungen nach §§ 30ff. GewO möglich ist. *Insofern ist die systematische Stellung des § 35 GewO irreführend!* § 35 GewO steht in einem Abschnitt mit den Bestimmungen über besondere Genehmigungen (§§ 30–39a GewO), ist jedoch gerade auf die Gewerbe, die einer besonderen Genehmigung bedürfen, nicht anwendbar.

§ 35 GewO verdrängende Sonderbestimmungen sind vor allem:

– § 15 Abs. 1 und Abs. 2 i. V. m. § 4 Abs. 1 S. 1 GastG

– § 25 PBefG

– § 35 Abs. 2 Nr. 3 a i. V. m. § 33 Abs. 1 Nr. 2 KWG

Keine verdrängende Sonderbestimmung ist hingegen § 15 Abs. 2 GewO. Diese Vorschrift stellt nicht auf Zuverlässigkeit, sondern allein die Zulassung ab.

Der effektive Anwendungsbereich des § 35 GewO erstreckt sich also vor allem auf Gewerbe, die keiner persönlichen Konzession bedürfen (*Industrie und Handel*) und das *Handwerk*.

b) Zeitpunkt der Untersagung

Eine Gewerbeuntersagung ist nur möglich, wenn das Gewerbe im Augenblick des Erlasses des Betriebes ausgeübt wird oder die Aufnahme des Gewerbes zumindest unmittelbar bevorsteht. Die Untersagungsverfügung kann also weder vor Aufnahme noch nach Beendigung des Gewerbes ergehen. Beachte aber § 35 Abs. 1 S. 3 GewO: Ein eingeleitetes Untersagungsverfahren kann fortgesetzt werden, wenn der Betrieb des Gewerbes während des Verfahrens aufgegeben wird.

c) Der Begriff der Unzuverlässigkeit

Fall 23, Fall 24, Fall 25

Zentrales Tatbestandsmerkmal des § 35 Abs. 1 GewO ist der Begriff der Unzuverlässigkeit. *Unzuverlässig ist ein Gewerbetreibender, der nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, daß er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreibt.* Es handelt sich dabei um einen *gerichtlich voll überprüfbaren Rechtsbegriff*. Soweit eine *Abmahnung* voraussichtlich ausreicht, damit ein Gewerbetreibender sein Verhalten ändert, fehlt es an der Unzuverlässigkeit (BVerwG, GewArch 1992, 24 f.). Da nach § 35 Abs. 1 GewO die Ausübung *eines*, nicht jeden Gewerbes untersagt wird, kommt es auf die Unzuverlässigkeit im Hinblick auf ein bestimmtes Gewerbe an. Die Untersagung kann allerdings – soweit die Umstände dies rechtfertigen – auf andere oder alle Gewerbe erstreckt werden (§ 35 Abs. 1 S. 2 GewO, sog. erweiterte Gewerbeuntersagung). Hierfür gelten zwei Voraussetzungen: Der Gewerbetreibende muß auch für das andere Gewerbe als unzuverlässig einzustufen sein. Weiterhin darf es keine besonderen Anhaltspunkte dafür geben, daß die Aufnahme eines anderen Gewerbes auszuschließen ist (ROBINSKI, S. 59).

§ 35 GewO dient dem Schutz von Kunden, Lieferanten, Arbeitnehmern und Dritten. Es ist deshalb irrelevant, auf welchen Gründen die Unzuverlässigkeit beruht. § 35 GewO ist vor allem auch dann anwendbar, wenn den Gewerbetreibenden an seiner Unzuverlässigkeit kein Verschulden trifft. Eine Gewerbeuntersagung kommt also auch dann in Betracht, wenn die Unzuverlässigkeit auf unverschuldeter Zahlungsunfähigkeit (etwa durch den Konkurs eines Großkunden) oder auf Krankheit beruht.

Merke: Die Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 GewO hat keinen Strafcharakter!

Weitere wichtige Fälle von Unzuverlässigkeit sind:

- Straftaten, soweit sie einen Bezug zum Gewerbe haben.
- Die Nichtabführung *gewerbebezogener* Steuern (also nicht privater Steuern, z.B. die Grunderwerbssteuer für ein privat erworbenes Grundstück). Besonders gravierend ist die Nicht-

abführung von treuhänderisch für den Staat vereinnahmter Lohnsteuer, denn die Arbeitnehmer bleiben trotz Abzugs vom Lohn Steuerschuldner. Die Finanzbehörden dürfen im übrigen den Gewerbeaufsichtsbehörden gravierende Verstöße gegen steuerrechtliche Vorschriften aufgrund des § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO mitteilen (BVerwGE 65, 1/6; sehr kritisch hierzu allerdings ARNDT, GewArch 1988, 281ff.; kritisch auch KRAUSE/STEINBACH, DÖV 1985, 550/554). Die Verstöße gegen steuerrechtliche Pflichten müssen aber wirklich schwerwiegend sein. Hierzu zählt etwa die hartnäckige Weigerung, eine Steuererklärung abzugeben. Auch im Vergleich zur Betriebsgröße hohe Steuerschulden begründen eine Mitteilungsbefugnis des Finanzamtes nach § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO. Das Finanzamt hat allerdings bei Mitteilungen an die Gewerbeaufsichtsbehörden den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren. So wird man verlangen müssen, daß das Finanzamt als milderer Mittel zunächst Vollstreckungsversuche unternimmt (ausführlich zur Gesamtproblematik BVerwG, GewArch 1988, 162f., GewArch 1992, 22f.; MÜLLER, GewArch 1988, 84ff.). Beachte: § 25 Abs. 3 PBefG und § 102b Abs. 3 GüKG ermächtigen die Finanzämter ausdrücklich, den Behörden Mitteilungen über die wiederholte Nichterfüllung steuerrechtlicher Pflichten zu machen. Beachte weiterhin: Das Steuergeheimnis (§ 30 AO) ist partiell grundrechtlich abgesichert, und zwar in Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, und 14 GG (BVerfGE 65, 1/44ff.). Die Normen, die das Steuergeheimnis durchbrechen, sind deshalb *restriktiv auszulegen*.

- Die Nichtabführung von Sozialversicherungsabgaben. Aufgrund der sehr eng formulierten §§ 69 SGB X und 35 SGB I besteht aber keine Mitteilungsbefugnis der Sozialversicherer (str., wie hier KRAUSE/STEINBACH, DÖV 1985, 550/555f., a. A. TETTINGER, § 35 Rdnr. 17 m.w.N.; offengelassen in VGH Mannheim, GewArch 1991, 112/113).
- Vermögenslosigkeit (VGH Kassel, GewArch 1993, 157ff.) bzw. völlige wirtschaftliche Leistungsunfähigkeit.
- In gravierenden Fällen: fehlende Sachkunde. Zu beachten ist jedoch, daß über § 35 Abs. 1 GewO keine Zulassungshürden

eingeführt werden dürfen, die der Gesetzgeber selbst nicht vorgesehen hat (vgl. die in § 1 GewO niedergelegte Gewerbefreiheit).

Von besonderer Klausurrelevanz sind die sog. Strohmänn- (oder auch Strohfrau-)fälle: Ein (i. d. R.) den Behörden als unzuverlässig bekannter Gewerbetreibender läßt einen anderen als Gewerbeinhaber auftreten, ist aber selbst derjenige, der eigentlich die Geschäfte führt. Nach Auffassung der Rechtsprechung (BVerwGE 65, 12/13) sind sowohl Strohmänn- als auch Hintermann Gewerbetreibende und damit geeignete Adressaten einer Verfügung nach § 35 Abs. 1 GewO. Die Unzuverlässigkeit des Strohmännens und damit die Möglichkeit einer Gewerbeuntersagung gegen ihn ergibt sich daraus, daß er einem Unzuverlässigen maßgeblichen Einfluß auf das Geschäft einräumt.

d) Das Erfordernis einer konkreten Gefahr

Die Gewerbeuntersagung ist nur zulässig bei Vorliegen einer *konkreten* Gefahr. (Zur Erinnerung: „Gefahr“ ist eine Sachlage, in der bei ungehindertem Geschehensablauf ein Zustand oder ein Verhalten mit hinreichender Wahrscheinlichkeit in absehbarer Zeit zu einem Schadenseintritt führt.) Die Tatsachen, die eine solche Gefahr begründen, hat die Gewerbeaufsichtsbehörde zu ermitteln. Sie hat hieran anknüpfend eine *Prognoseentscheidung* zu treffen. Die Prognoseentscheidung ist schon dann rechtmäßig, wenn sie ordnungsgemäß erstellt worden ist. Sie kann sich also durchaus im nachhinein als im Ergebnis falsch erweisen. Trotz ihres prognostischen Charakters ist die Entscheidung der Verwaltungsbehörde gerichtlich voll überprüfbar! (TETTINGER, § 35 Rdnr. 12).

Soweit ein Strafverfahren stattgefunden hat, ist die Behörde in der Würdigung des in diesem behandelten Sachverhaltes nach § 35 Abs. 3 GewO weitgehend gebunden. Dies gilt auch hinsichtlich der Prognose der Unzuverlässigkeit (§ 35 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GewO).

e) Erforderlichkeit der Gewerbeuntersagung

Die Gewerbeuntersagung muß erforderlich sein (§ 35 Abs. 1 S. 1 GewO). Dies ist dann der Fall, wenn sie insgesamt den Anforderungen des Übermaßverbotes entspricht. Das Übermaßverbot wird aus den Grundrechten abgeleitet und hat deshalb *verfassungsrechtlichen Rang*. Es ist deshalb auch bei gebundenen Entscheidungen (wie bei § 35 Abs. 1 S. 1 GewO) zu beachten. Hierfür bieten sich in der Klausur zwei Wege an: Entweder wird das Übermaßverbot als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal angesehen, oder die Prüfung des Übermaßverbotes wird in ein geschriebenes Tatbestandsmerkmal integriert, bei § 35 Abs. 1 S. 1 GewO etwa in das Merkmal der Erforderlichkeit. Bei Ermessensentscheidungen (§ 35 Abs. 1 S. 2 oder S. 3, Abs. 7a GewO) kann das Übermaßverbot auch bei der Ermessungsprüfung berücksichtigt werden.

Bei der Prüfung des Übermaßverbotes ist zu beachten, daß die Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO grundsätzlich die ultima ratio zu sein hat, um Gewerbetreibende zu einem den Interessen der Allgemeinheit Rechnung tragenden Verhalten zu bewegen. Auch sind die nachteiligen Wirkungen der Untersagung auf Dritte (vor allem Arbeitnehmer, eventuell auch Kunden oder Lieferanten) zu berücksichtigen.

f) Die Vertretungsproblematik

Zu unterscheiden von den Strohmann-Fällen sind die Vertretungsfälle.

- § 35 Abs. 1 S. 2 GewO: Dem unzuverlässigen Gewerbetreibenden wird untersagt, als Vertreter eines anderen Gewerbetreibenden oder als Leiter eines fremden Gewerbebetriebes zu fungieren. Eine solch erweiterte Untersagung kommt nicht in Betracht, wenn davon ausgegangen werden kann, daß der Gewerbetreibende keine entsprechende Tätigkeit ausüben wird.
- § 35 Abs. 2 GewO: Dem unzuverlässigen Gewerbetreibenden wird erlaubt, den Betrieb durch einen zuverlässigen Stellvertreter führen zu lassen.

– § 35 Abs. 7a GewO: Dem unzuverlässigen Vertretungsberechtigten oder Leiter des Gewerbebetriebes wird die weitere Ausübung einer entsprechenden selbständigen oder unselbständigen Tätigkeit untersagt. Grundsätzlich wird bei einer juristischen Person die Unzuverlässigkeit von Organmitgliedern oder vertretungsberechtigten Personen der juristischen Person zugerechnet. § 35 Abs. 7a GewO schafft die Möglichkeit, auch die Organmitglieder bzw. Vertreter selbst gewerberechtlich zu belangen. Die Vorschrift des § 35 Abs. 7a GewO ist allerdings nicht ganz zweifelsfrei formuliert. Entgegen dem Wortlaut wird man davon ausgehen müssen, daß das Untersagungsverfahren sich von vornherein auf den Leiter oder Vertretungsberechtigten beschränken kann, auch wenn § 35 Abs. 7a GewO nur von der Fortsetzung allein gegen diesen spricht („auch“). Das ist eine Konsequenz aus dem Übermaßverbot (so auch TETTINGER, § 35 Rdnr. 31 ff.). Kann die eingetretene Gefahr durch eine Verfügung etwa gegen den Geschäftsführer einer GmbH behoben werden, ist die Untersagung des Betriebs der GmbH nicht erforderlich (gegen die Möglichkeit, das Verfahren von vornherein entsprechend zu beschränken, allerdings etwa: VGH Kassel, GewArch 1993, 159f.; OVG Münster, GewArch 1993, 161f.; FRIAUF/HEß, § 35 Rdnr. 194 a; L/R-MARCKS, § 35 Rdnr. 177b). Das Verfahren kann auch dann fortgesetzt werden, wenn der Vertretene das Gewerbe während des Verfahrens gegen den Vertreter bzw. den Leiter aufgibt (§ 35 Abs. 7a S. 2 GewO). Wenigstens im Augenblick der Einleitung des Verfahrens nach § 35 Abs. 1a GewO muß der Vertretene jedoch noch ein Gewerbe betreiben.

Der VGH Kassel (GewArch 1993, 159f.; ebenso L/R-MARCKS, § 35 Rdnr. 177b) versteht im übrigen § 35 Abs. 7a S. 1 GewO so, daß dem bisherigen Vertreter bzw. Leiter die etwaige künftige Tätigkeit als selbständiger Gewerbetreibender im bisher unselbständig ausgeübten Gewerbe untersagt werden kann, für eine Untersagung der weiteren Tätigkeit z. B. als Geschäftsführer § 35 Abs. 7a S. 3 i. V. m. § 35 Abs. 1 S. 2 GewO einschlägig ist. Näher liegt es jedoch, beide Untersagungsmöglichkeiten unmittelbar auf § 35 Abs. 7a GewO zu stützen.

Adressat einer Verfügung nach § 35 Abs. 7a GewO ist im übrigen der Vertretungsberechtigte bzw. Leiter, nicht die das Gewerbe betreibende juristische Person (FRIAUF/HEß, § 35 Rdnr. 194 a).

g) Mitwirkungspflichten des Gewerbetreibenden (§ 35 Abs. 3a GewO)

Zur Aufklärung der für eine Verfügung nach § 35 Abs. 1 GewO erforderlichen Tatsachen haben die Gewerbetreibenden nach § 35 Abs. 3a GewO besondere Mitwirkungspflichten. Ein entsprechendes Auskunftsverlangen der Behörden ist ein Verwaltungsakt. § 35 Abs. 3a GewO geht deutlich über § 26 Abs. 2 VwVfG hinaus, der nur eine Soll-Bestimmung enthält (= wenn der Beteiligte nicht mitwirkt, kann ihn die Behörde nicht zur Mitwirkung verpflichten. Sie braucht jedoch nicht aus eigenem Antrieb zugunsten des nicht mitwirkenden Beteiligten weiterzuermitteln und kann zu seinen Lasten ungünstige Schlüsse ziehen, vgl. Kopp, VwVfG, § 26 Rdnr. 43f.).

Ein Auskunftsverlangen nach § 35 Abs. 3a GewO ist nur dann rechtmäßig, wenn zuvor dem Gewerbetreibenden gegenüber berechtigterweise ein Gewerbeuntersagungsverfahren eingeleitet worden ist („Im Untersagungsverfahren“). Dazu muß ein hinreichender, in sich schlüssiger *Anfangsverdacht* vorliegen, der ein Tätigwerden der Gewerbebehörde mit dem Ziel, dem Betroffenen gegenüber die Gewerbeausübung zu untersagen, materiell rechtfertigt (VGH München, GewArch 1992, 183f.).

h) Schließung der Betriebsräume nach § 35 Abs. 5 GewO

Eine weitere Befugnisgrundlage für die Behörden enthält § 35 Abs. 5 GewO. Danach kann die Ausübung des untersagten Gewerbes von der Behörde durch Schließung des Betriebes oder eine andere Maßnahme verhindert werden. § 35 Abs. 5 GewO gehört nicht zum Vollstreckungsrecht, sondern ermöglicht nur den Erlass eines Verwaltungsaktes, der gegebenenfalls dann zu vollstrecken ist (h.M., a.A. ohne überzeugende Begründung OVG Schleswig,

GewArch 1992, 232/233). Ansonsten besteht über die Bedeutung bzw. Nichtbedeutung des § 35 Abs. 5 GewO Streit:

- Nach einer Meinung kann auch eine Verfügung nach § 35 Abs. 1 GewO von den Vollstreckungsorganen unmittelbar auch im Wege der Betriebsschließung durchgesetzt werden (so etwa TETTINGER, § 35 Rdnr. 48 m. w. Nachw.).
- Nach der Gegenauffassung ist vor Vollstreckung einer Betriebsschließung stets eine Verfügung nach § 35 Abs. 5 GewO erforderlich, die Verfügung nach § 35 Abs. 1 GewO reicht als Grundverwaltungsakt nicht aus (so ARNDT, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rdnr. 263; L/R-MARCKS, § 35 Rdnr. 158).

Folgte man der ersten Auffassung, wäre § 35 Abs. 5 GewO eine überflüssige Bestimmung (so ausdrücklich TETTINGER, § 35 Rdnr. 48). Daher ist die Gegenauffassung überzeugender. Die allgemeine Gewerbeuntersagung muß durch eine Verfügung nach § 35 Abs. 5 GewO konkretisiert werden, um einen vollstreckungsfähigen Inhalt zu bekommen. Allerdings ist es üblich, beide Verfügungen zu verbinden, also etwa die Ausübung des Gewerbes zu untersagen und gleichzeitig die Schließung der Betriebs- und Geschäftsräume anzuordnen (ROBINSKI, S. 61).

i) Die Mitwirkung weiterer Behörden (§ 35 Abs. 4 GewO)

Vor Erlaß einer Verfügung sollen nach § 35 Abs. 4 GewO bestimmte andere Behörden gehört werden. „Soll“ bedeutet auch in diesem Zusammenhang, daß die Anhörung erfolgen muß, wenn nicht ein besonderer Grund, also eine atypische Fallkonstellation vorliegt. Einen Ausnahmegrund sieht § 35 Abs. 4 S. 2 GewO selbst vor.

Eine unterbliebene Anhörung kann nach § 45 Abs. 1 Nr. 5 VwVfG nachgeholt werden. Verfügungen nach § 35 Abs. 1 S. 1 GewO sind wegen § 46 VwVfG allerdings auch dann gerichtlich nicht aufzuheben, wenn eine Anhörung unterbleibt. Bei Verfügungen nach § 35 Abs. 1 S. 2 GewO (Ermessen!) kommt es darauf an, ob die getroffene Entscheidung tatsächlich alternativlos ist. Das ist dann der Fall, wenn jede Möglichkeit ausgeschlossen werden kann, daß bei

Einhaltung der Anhörungspflicht die Entscheidung anders ausgefallen wäre (vgl. Kopp, VwVfG, § 46 Rdnr. 20).

k) Der maßgebliche Zeitpunkt für die gerichtliche Entscheidung

Fall 26

Eine Verfügung nach § 35 Abs. 1 GewO ist ein Zeitpunkt-, kein Dauer- oder Zeitraumverwaltungsakt (anders das BVerwG, GewArch 1991, 111/112; das BVerwG zieht aber aus der Annahme eines Dauerverwaltungsaktes keine dogmatischen Konsequenzen; dies macht die Verwendung des Begriffs jedoch überflüssig). Ändern sich die tatsächlichen Voraussetzungen für die Verfügung nach deren Erlaß, führt dies nicht zur Rechtswidrigkeit der Verfügung. Das kommt vor allem in § 35 Abs. 6 GewO zum Ausdruck. Das Untersagungsverfahren ist vom Wiedergestattungsverfahren strikt zu trennen. Die Wiedergestattung ist nicht von Amts wegen, sondern nur auf ausdrücklichen Antrag möglich. Bedeutung hat dies für die Frage nach dem maßgeblichen Entscheidungszeitpunkt im Verwaltungsprozeß. Entscheidend ist die Tatsachenlage im Augenblick der letzten behördlichen Entscheidung, also i. d. R. bei Erlaß der Verfügung, nicht hingegen die im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht (BVerwGE 65, 1/2). Die Vorschrift des § 35 Abs. 1 S. 3 GewO, wonach das Untersagungsverfahren fortgesetzt werden kann, wenn der Betrieb des Gewerbes während des Verfahrens aufgegeben wird, spielt deshalb dann keine Rolle, wenn das Gewerbe während des Verwaltungsprozesses aufgegeben wird.

Schwierig ist die Frage zu beantworten, ob die Wiedergestattung vor Ablauf der einjährigen Sperrfrist nach § 35 Abs. 6 S. 2 GewO eine Ermessensentscheidung ist. Der Wortlaut der Vorschrift spricht dafür. Auch mit Art. 12 Abs. 1 GG ist ein Ermessen vereinbar (anders TETTINGER, § 35 Rdnr. 58). Der Gesetzgeber sieht in § 35 Abs. 6 S. 1 GewO eine einjährige „Bewährungsfrist“ vor. Die Entscheidung, hiervon abzuweichen, erfordert neben „besonderen Gründen“ (z.B. der besonderen sozialen Situation des Antragstellers) eine umfassende Prüfung aller Umstände des Einzelfalles.

7. Die öffentliche Bestellung als Sachverständiger (§ 36 GewO)

a) Der Anspruch auf Bestellung

Fall 27

Zu den Gewerbetreibenden i. S. d. GewO zählen auch die selbständigen Sachverständigen. Die Tätigkeit eines Sachverständigen läßt sich beschreiben als die Prüfung und Bewertung von Gegenständen, Vorgängen sowie individuellen Leistungen und Verhaltensweisen, die ihm im Einzelfall wegen des besonderen Schwierigkeitsgrades mit Rücksicht auf seine anerkannten Kenntnisse und Fähigkeiten übertragen wurden (TETTINGER, § 36 Rdnr. 1).

Die Tätigkeit als Sachverständiger unterliegt keiner Erlaubnispflicht. Sie darf frei ausgeübt werden. Nach § 36 GewO können aber Sachverständige (durch Verwaltungsakt) *öffentlich bestellt* werden. § 36 Abs. 1 S. 2 GewO sieht auch die Bestellung von Personen vor, die nicht Gewerbetreibende (also etwa nicht selbständig) sind. Die öffentliche Bestellung führt i. d. R. zu erheblich verbesserten Wettbewerbschancen. Dies machen gerade die prozeßrechtlichen Bestimmungen deutlich, wonach Gutachten nach Möglichkeit von öffentlich bestellten Sachverständigen anzufordern sind (§ 404 Abs. 2 ZPO, § 73 Abs. 2 StPO, § 98 VwGO). Es ist deshalb von grundlegender Bedeutung, wie das Ermessen einzuordnen ist, das § 36 GewO den Behörden einräumt. Hierzu zeichnen sich nach einer neueren Entscheidung des BVerfG (E 86, 28 ff., ausführlich JAHN, JuS 1993, 643 ff.) folgende Grundsätze ab:

(1) Nach Auffassung des BVerfG ist die Verweigerung einer öffentlichen Bestellung ein Eingriff in die Berufsfreiheit (BVerfGE 86, 28/37). Diese Feststellung ist in hohem Maße problematisch. Bei „natürlicher“ Betrachtung handelt es sich bei der Bestellung um eine öffentliche Leistung. Für die Gleichstellung einer Nichtbestellung mit einem Eingriff spricht aber nach Auffassung des BVerfG die Wirkung der Nichtbestellung. Dadurch werde die Ausübung einer beruflichen Tätigkeit erheblich behindert. Zu bedenken – vom BVerfG aber nicht weiter ausgeführt – wäre, ob deshalb nicht eigentlich Art. 3 Abs. 1 GG einschlägig wäre. Schließlich handelt es

sich um ein „positives Gleichstellungsbegehren“ (siehe dazu SACHS, JuS 1993, 70f.).

(2) Die Verweigerung der Bestellung ist ein Eingriff in die Berufsausübung, nicht in die Berufswahl. Wegen der Auswirkung auf den Wettbewerb hat der Eingriff aber eine erhebliche Intensität. Es ist deshalb besonders sorgsam zu prüfen, ob eine nach objektiven Merkmalen vorgenommene Zulassungsregelung durch entsprechend gewichtige Belange des Allgemeinwohl gerechtfertigt ist (BVerfGE 86, 28/38f.).

(3) Hiervon ausgehend haben die Behörden insoweit ein Ermessen, als es um die Entscheidung geht, ob für ein bestimmtes Sachgebiet überhaupt öffentlich bestellte Sachverständige erforderlich sind. Dies ist etwa dann nicht der Fall, wenn erfahrungsgemäß nie oder selten entsprechende Gutachten nachgefragt werden (BVerfGE 86, 28/42).

(4) Hingegen erlaubt § 36 GewO keine einschränkende Auswahl aus mehreren Bewerbern nach objektiven Kriterien. Dies schließt das BVerfG aus einer verfassungskonformen Interpretation des § 36 GewO. Der Gesetzgeber hätte, wenn er eine solche Auswahl gewollt hätte, ein rechtsförmiges Auswahlverfahren und entsprechende Auswahlkriterien vorsehen müssen (BVerfGE 86, 28/40).

(5) Eine konkrete Bedürfnisprüfung würde zudem gegen das Übermaßverbot verstoßen. Sie ist nicht geeignet, dem Publikum eine bessere Übersicht über geeignete Sachverständige zu verschaffen. Das „Angebot“ an Sachverständigen wird durch weitere Bestellungen nicht gefährdet. Auch das Qualifikationsniveau kann auf andere Weise sichergestellt werden (BVerfGE 86, 28/41 ff.).

Hinweis: Ein Gesetzesentwurf der Bundesregierung (BR-Drs. 365/93) sieht Änderungen des § 36 GewO als Konsequenz aus der Entscheidung des BVerfG (E 86, 28ff.) vor. Die zuständigen Stellen werden zur Bestellung verpflichtet, sofern ein Bedarf für Sachverständigenleistungen besteht.

b) Verfahren und Voraussetzungen der Bestellung

Die öffentliche Bestellung und Vereidigung als Sachverständiger setzt voraus, daß der Bewerber über eine *besondere Sachkunde* verfügt (§ 36 Abs. 1 S. 1 GewO). Eine solche besondere Sachkunde liegt nicht schon dann vor, wenn ein Bewerber seinen Beruf bisher ordnungsgemäß ausgeübt hat (BVerwG, GewArch 1990, 355/356). Er muß vielmehr erheblich über dem Durchschnitt liegende Kenntnisse haben (BLEUTGE, GewArch 1990, 113/114). Häufig wird als Grundvoraussetzung der Abschluß eines einschlägigen Fach- oder Hochschulstudiums verlangt werden können (OVG Schleswig, GewArch 1992, 234 ff.). Solche Anforderungen sind gerichtlich vollständig überprüfbar. Sie müssen geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein, um die besondere Sachkunde sicherzustellen.

Zweite Voraussetzung für die Bestellung ist die *Eignung* des Bewerbers. Zu prüfen sind Zuverlässigkeit, Vertrauenswürdigkeit, Unparteilichkeit und Unabhängigkeit. Die Persönlichkeit des Sachverständigen muß die Gewähr für die ordnungsgemäße Durchführung der Gutachtenaufträge bieten (BLEUTGE, GewArch 1990, 113/115).

Vor allem zur Feststellung der besonderen Sachkunde bilden die für die Bestellung meist zuständigen Berufskammern häufig Ausschüsse aus sachkundigen Personen (siehe WEIDHAAS, GewArch 1991, 367 ff.). Angesichts hoher „Durchfallquoten“ in den dort vorgenommenen Prüfungsverfahren stellt sich die Frage, inwieweit die dort getroffene Entscheidung über das Vorliegen einer besonderen Sachkunde gerichtlich zu überprüfen ist. Das BVerwG (GewArch 1990, 355 ff.) steht auf dem Standpunkt, daß das Merkmal der besonderen Sachkunde gerichtlich voll überprüfbar ist. Die jeweilige Kammer treffe also keine bezüglich der gerichtlichen Kontrolldichte reduzierte Entscheidung. Das gelte auch dann, wenn die Entscheidung über die besondere Sachkunde in einem prüfungsähnlichen Verfahren festgestellt wird. Der gesetzlichen Regelung des § 36 GewO sei keine Einschätzungsprärogative der Verwaltung zu entnehmen (BVerwG, GewArch 1990, 355/356). Die Beweislast für das Vorliegen einer besonderen Sachkunde liegt bei demjenigen, der die Bestellung erstrebt. Läßt sie sich nicht nachweisen, besteht auch kein Anspruch auf die Bestellung.

c) Das Ende der Bestellung

Die Sachverständigenordnungen der Industrie- und Handelskammern sehen i. d. R. Höchstaltersgrenzen für öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige vor (meist 68 Jahre). Eine solche Altersgrenze ist verfassungsrechtlich zulässig (BVerfG, GewArch 1991, 103; JAHN, GewArch 1991, 247/248). Der Eingriff in die Berufsausübung (erste Stufe nach der Drei-Stufen-Theorie) ist gerechtfertigt durch die abstrakte Gefahr altersbedingter Fehlleistungen, die geeignet sind, das Vertrauen der Öffentlichkeit in öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige zu beeinträchtigen.

IV. Reisegewerbe

Fall 28

1. Begriff des Reisegewerbes

Während die Ausübung eines stehenden Gewerbes genehmigungsfrei ist, ist die Ausübung des Reisegewerbes genehmigungspflichtig (§ 55 Abs. 2 GewO). Der Grund hierfür liegt in der erschwerten Kontrollmöglichkeit bei der gewerblichen Betätigung im „Umherziehen“.

a) Voraussetzung für die Ausübung eines Reisegewerbes ist zunächst ein *gewerbsmäßiges* Handeln. Dies entspricht den Anforderungen des Gewerbebegriffs (§ 1 GewO) mit der Ausnahme, daß unter § 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO (nicht Nr. 2!) auch derjenige fällt, der unselbständig handelt, also Verträge in fremdem Namen schließt.

b) Die Tätigkeit eines Reisegewerbes findet statt *ohne vorhergehende Bestellung*. Es darf also keine Terminvereinbarung erfolgt sein oder ein entsprechender Kundenwunsch vorliegen. Typische Fälle sind der Straßenhändler, der Haustürvertreter und der Schausteller, der von einem Festplatz zum anderen zieht (ROBINSKI, S. 36). Auf Bestellung werden hingegen tätig der Bauunternehmer, der Hand-

werker oder die Tanzkapelle. Keine Bestellung i.S.v. § 55 GewO sind die Fälle sog. *provozierter Bestellung*, bei denen kein wirklicher Kundenwunsch hinsichtlich eines Besuches anzunehmen ist. In Zweifelsfällen ist auf den Zweck der §§ 55 ff. GewO abzustellen. Die Kunden sollen vor Überrumpelung durch unzuverlässige Gewerbetreibende geschützt werden (vgl. auch TETTINGER, § 55 Rdnr. 12).

c) Die Tätigkeit muß außerhalb bzw. ohne gewerbliche Niederlassung stattfinden. Schwierigkeiten machen die Fälle mobiler Verkaufsstände. Ein Reisegewerbe liegt vor, wenn der Standort der Verkaufsstätte ständig wechselt (z. B. Eiswagen; zu den Lebensmittelwagen siehe allerdings § 55 a Abs. 1 Nr. 9 GewO), oder wenn der Stand täglich auf- und abgebaut wird (ROBINSKI, S. 36). Verbleibt der Verkaufswagen hingegen an einer bestimmten Stelle (z. B. Bratwurststand in der Fußgängerzone), liegt bei entsprechender Dauerhaftigkeit (ca. 6 Wochen) eine gewerbliche Niederlassung vor (§ 42 Abs. 2 GewO).

d) Der Reisegewerbetreibende muß gem. § 55 Abs. 1 GewO entweder

(1) *Waren feilbieten*. Dies liegt vor, wenn bewegliche Sachen im Original mitgeführt und zum Zwecke des Verkaufs vorgezeigt werden sowie zur sofortigen Übergabe beim Kaufabschluß bereitstehen. Zum Begriff des Feilbietens gehört nicht, daß ein formelles Anbieten mit ausdrücklicher Aufforderung zum Kauf stattfindet. Es gibt also keinen Unterschied zwischen Feilbieten und Feilhalten (siehe dazu §§ 1 Abs. 1 Nr. 2, 20 Abs. 1 S. 1 LSchlG);

(2) *oder Warenbestellungen aufsuchen*. Dies ist das Bemühen, feste Aufträge für spätere Lieferung von bestimmten Waren aufgrund von Proben, Mustern, Zeichnungen etc. zu erhalten. Hierzu gehören auch Werber für Buchgemeinschaften und Schallplattenringe etc.;

(3) *oder Waren ankaufen*. Ein Ankauf von Waren liegt vor, wenn bewegliche Sachen entweder zum Zwecke des Wiederverkaufs oder zum Zwecke der Verarbeitung (z. B. im eigenen Gewerbebetrieb) aufgekauft werden;

(4) *oder gewerbliche Leistungen anbieten*. Hierzu gehört vor allem das Anbieten der Anfertigung, Reparatur oder Bearbeitung von

beweglichen Gegenständen zur Ausführung an Ort und Stelle (z. B. Scherenschleifer).

(5) *oder Bestellungen auf gewerbliche Leistungen aufsuchen*. Das ist das Bemühen, Aufträge für spätere gewerbliche Leistungen zu erhalten, wie z. B. beim Abschluß von Versicherungen und Bausparverträgen (vgl. jedoch § 55a Nr. 6 GewO).

(6) *oder unterhaltende Tätigkeiten als Schausteller oder nach Schaustellerart ausüben*. Diese Tätigkeit ist allerdings nur dann Reisegewerbe, wenn sie selbständig ausgeübt wird (§ 55 Abs. 1 Nr. 2 GewO).

Durch diesen Katalog werden fast alle gewerblichen Tätigkeiten erfaßt (ROBINSKI, S. 37)

2. Reisegewerbekarte

Der Reisegewerbetreibende benötigt eine Reisegewerbekarte (§ 55 Abs. 2 GewO). Es handelt sich um einen Verwaltungsakt aufgrund einer gebundenen Entscheidung (§ 57 GewO). Die Ausübung des Reisegewerbes ohne Reisegewerbekarte kann von der zuständigen Behörde *nach § 60d GewO untersagt werden*. Rücknahme und Widerruf der Erteilung der Reisegewerbekarte richten sich nach §§ 48, 49 VwVfG.

Übt der Reisegewerbetreibende seine Tätigkeit nur auf Volksfesten aus, entbindet ihn dies nicht von der Reisegewerbekartenpflicht (§ 60b Abs. 2 GewO). Anderes gilt für Messen, Ausstellungen und Märkte nach §§ 64 ff. GewO.

3. Reisegewerbekartenfreie Tätigkeit

Verschiedene Tätigkeiten sind reisegewerbekartenfrei.

a) Hierzu zählen zunächst die in § 55a GewO aufgezählten Fälle (lesen!).

b) Wichtig sind weiterhin die in § 55b Abs. 1 GewO genannten Ausnahmen.

Diese Vorschrift betrifft die Tätigkeit der sog. Geschäftsreisenden,

die die in § 55 Abs. 1 GewO genannten Tätigkeiten nicht gegenüber privaten Letztverbrauchern, sondern gegenüber Geschäftsleuten ausüben. „Im Rahmen des Geschäftsbetriebes“ ist dabei so zu verstehen, daß die angebotenen Waren für den Betrieb, d.h. vom Inhaber des Betriebes nicht für seine privaten Zwecke gebraucht wird. Dabei ist der Begriff „Geschäftsbetrieb“ umfassender als der des „Gewerbes“. Erfasst werden auch nichtgewerbliche Unternehmen, etwa Rechtsanwälte, Ärzte, Wohlfahrtseinrichtungen etc.

c) Für bestimmte Tätigkeiten als selbständiger Gewerbetreibender im reisegewerbekartenfreien Reisegewerbe besteht Anzeigepflicht nach § 55c GewO.

d) Bei Unzuverlässigkeit desjenigen, der ein reisegewerbekartenfreies Reisegewerbe ausübt, kann die zuständige Behörde die weitere Tätigkeit nach § 59 GewO untersagen.

V. Messen, Ausstellungen, Märkte (§§ 64 ff. GewO)

1. Allgemeines

Fall 29

Die Festsetzung einer Veranstaltung nach den §§ 64 ff. i. V. m. § 69 GewO führt für die Teilnehmer zu einer Reihe von sog. Marktprivilegien.

(1) Teil II und Teil III der GewO gelten nicht. Es besteht also keine Anzeigepflicht nach § 14 GewO. Es ist auch keine Reisegewerbekarte nach § 55 GewO erforderlich.

(2) Es gelten günstigere Ladenschlußzeiten (vgl. § 19 LSchlG).

(3) Es gelten andere Arbeitszeitregelungen.

Grund für diese Privilegien ist die erwünschte Konzentration des Warenangebots im Interesse der privaten und gewerblichen Verbraucher. Zur Privilegierung kommt es jedoch nur durch die Festsetzung (§ 69 Abs. 1 GewO). Festsetzungsfähig sind nur die in den §§ 64 ff. GewO aufgeführten Veranstaltungstypen. Es herrscht also *Typenzwang*. Festsetzungsfähig sind weiterhin Volksfeste nach

§ 60b GewO. Bei Volksfesten bleibt aber § 55 GewO anwendbar (§ 60b Abs. 2 GewO). Gleiches gilt für die Genehmigungspflicht nach § 60a GewO. Die „Marktfreiheit“ gilt also für Volksfeste nur in eingeschränkter Weise.

2. Begriff der Messe, Ausstellung und des Marktes

Die *Messe* ist in § 64 Abs. 1 GewO legaldefiniert. Es handelt sich immer um eine zeitlich begrenzte, nie um eine Dauerveranstaltung. Es muß eine Vielzahl von Ausstellern mit dem wesentlichen Angebot eines oder mehrerer Wirtschaftszweige ausstellen. Fehlt es am Erfordernis des wesentlichen Angebotes, kann eine Ausstellung nach § 65 GewO vorliegen.

Auch die *Ausstellung* (§ 65 GewO) ist eine zeitlich begrenzte Veranstaltung. Sie dient vor allem der Absatzförderung.

Der Großmarkt (§ 66 GewO) hingegen kann auch als Dauerveranstaltung stattfinden.

Der Wochenmarkt (§ 67 GewO) dient vor allem der Versorgung der Bevölkerung mit täglichen Lebensmitteln.

Weitere festsetzungsfähige Typen sind der Spezialmarkt (§ 68 GewO) und der Jahrmarkt (§ 68 GewO). Ein größerer Zeitraum im Sinne des § 68 GewO ist i. d. R. ein Zeitraum von mindestens einem Monat (DIEFENBACH, GewArch 1991, 281/293).

3. Die Festsetzung (§ 69 GewO)

a) Die Rechtsnatur der Festsetzung

Veranstaltungen nach §§ 64 – 68 GewO finden statt aufgrund einer behördlichen Festsetzung (§ 69 Abs. 1 S.1 GewO). Fehlt es an einer Festsetzung (weil sie nicht beantragt oder nicht erteilt wurde oder weil es sich nicht um eine festsetzungsfähige Veranstaltung handelt), ist die Durchführung deshalb nicht verboten. *Die Festsetzung ist keine notwendige Erlaubnis.* Bei einer nicht festgesetzten

Veranstaltung liegt ein privater Markt vor, der in den Schranken der allgemeinen Rechtsordnung durchgeführt werden kann.

Bei der Festsetzung (§ 69 Abs. 1 S. 1 GewO) handelt es sich um einen Verwaltungsakt (TETTINGER, § 69 Rdnr. 5), und zwar gegenüber jedermann, nicht nur gegenüber bestimmten Personengruppen (anders etwa L/R-SCHÖNLEITER, § 69 Rdnr. 12; Es handele sich um einen Verwaltungsakt gegenüber dem Veranstalter und einen Organisationsakt gegenüber der Allgemeinheit; dies vermischt jedoch die Frage nach der Rechtsnatur mit der nach der Anfechtungsbefugnis). Schwierig zu beantworten ist allerdings die Frage, welche Variante des § 35 S. 2 VwVfG einschlägig ist.

aa) Da die Festsetzung gemäß § 69 Abs. 1 S. 1 GewO nach § 70 Abs. 1 GewO „jedermann, der dem Teilnehmerkreis der festgesetzten Veranstaltung angehört“ das Recht zur Teilnahme einräumt, könnte man von einer Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 1. Var. VwVfG ausgehen, also von einem Verwaltungsakt, der sich an einen nach allgemeinen Merkmalen bestimmten oder bestimmbaren Personenkreis richtet. Die möglichen Teilnehmer an der Veranstaltung sind jedoch *nicht Adressat der Verfügung*. Sie sind deshalb nach h. M. in der Regel auch *nicht anfechtungsbefugt* (TETTINGER, § 69, Rdnr. 7). Dies ist aber nur dann richtig, wenn sich ein Verwaltungsakt auch nicht an diesen Personenkreis *richtet*. Denn sonst ergäbe sich die Anfechtungsbefugnis aus der sog. Adressatentheorie.

bb) In Betracht kommt weiterhin eine Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 2. Var. VwVfG („öffentlich-rechtliche Eigenschaft einer Sache“) (so etwa KOPP, VwVfG, § 35 Rdnr. 67 und wohl auch WIRTH, GewArch 1986, 46/48). Die Eigenschaft einer „öffentlichen Sache“ wird durch die Festsetzung aber weder begründet, noch aufgehoben, noch modifiziert. Die Messe, Ausstellung oder der Markt eines privaten Veranstalters ist trotz Festsetzung keine öffentliche Sache. Auf einer solchen Veranstaltung „ruht“ keine öffentlich-rechtliche Sachherrschaft, was etwa die Befugnis des Veranstalters nach § 70 Abs. 3 GewO deutlich macht. Veranstaltungen öffentlich-rechtlicher Körperschaften (etwa von Gemeinden) können zwar „öffentliche Sachen“ sein. Sie sind dies jedoch dann aufgrund eines von der Festsetzung nach § 69 GewO zu un-

terscheidenden Widmungsaktes, der i. d. R. dazu führt, daß eine öffentliche Einrichtung i. S. d. Bestimmungen der Kommunalordnungen vorliegt.

cc) Zu erwägen ist weiterhin das Vorliegen einer Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 3. Var. VwVfG. Hierbei geht es um die Benutzung einer öffentlichen Sache durch die Allgemeinheit. Bei privaten Veranstaltern liegt aber keine öffentliche Sache vor. Bei öffentlich-rechtlicher Trägerschaft betrifft die Festsetzung allerdings u. U. eine öffentliche Sache. Wie beim Verkehrszeichen als Beispiel für eine Verfügung nach § 35 S. 2 3. Var. VwVfG (MANSSEN, NZV 1992, 465 ff.) wird auch die Benutzung der Sache im einzelnen reguliert (siehe § 69 Abs. 1 S. 1 GewO). Bei öffentlich-rechtlicher Trägerschaft und Vorliegen einer öffentlichen Sache kann deshalb in der Festsetzung ein Verwaltungsakt nach § 35 S. 2 3. Var. VwVfG liegen. Die Bekanntgabe des Verwaltungsaktes muß im Wege öffentlicher Bekanntmachung nach § 41 Abs. 3 S. 2 VwVfG erfolgen.

Bei privaten Veranstaltern ist hingegen die Festsetzung ein Verwaltungsakt allein nach § 35 S. 1 VwVfG. Adressat ist der Veranstalter. Der Verwaltungsakt ist nicht dinglich. *Er ist Tatbestandsmerkmal für die Begründung des Zulassungsanspruchs nach § 70 Abs. 1 GewO.*

Der Verzicht auf eine Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 3. Var. VwVfG und der Erlass eines Verwaltungsaktes nur nach § 35 S. 1 VwVfG kommt auch gegenüber einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft in Betracht. Die Gewerbeordnung macht keinen Unterschied zwischen beiden Veranstaltergruppen. In dem Sonderfall, daß eine Gemeinde selbst Veranstalter und Festsetzungsbehörde ist, muß jedoch eine Allgemeinverfügung nach § 35 S. 2 3. Var. VwVfG mit öffentlicher Bekanntgabe erlassen werden. Die Gemeinde kann gegenüber sich selbst als Adressat keinen Verwaltungsakt mit Tatbestandswirkung für § 70 GewO erlassen. Nur die Allgemeinverfügung sichert deshalb die Marktprivilegien.

b) Anfechtungsrechte gegen die Entscheidung der Behörde

Fall 30, Fall 31

Die Behörde *hat* dem Antrag auf Festsetzung zu entsprechen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen (§ 69 Abs. 1 S. 1 GewO, sog. gebundene Entscheidung). Klagebefugt (§ 42 Abs. 2 VwGO) gegen die Ablehnung der Festsetzung (§ 69a Abs. 1 GewO), gegen Auflagen (§ 69a Abs. 2 GewO) oder die Änderung der Aufhebung der Festsetzung (§ 69b GewO) ist der Veranstalter als Adressat der Verfügung. Will sich der Veranstalter hingegen wehren gegen Beschränkungen bezüglich Gegenstand, Zeit, Öffnungszeit oder Platz für die Veranstaltung (§ 69 Abs. 1 S. 1 GewO), muß er Verpflichtungsklage erheben (§ 42 Abs. 1 2. Var. VwGO), wenn die Festsetzung eine teilweise Antragsablehnung enthält. Insofern kommt es auf die Abgrenzung zur sog. modifizierenden Auflage nicht an. Auch hiergegen ist die Verpflichtungsklage die richtige Klageart.

Aussteller, Anbieter und Besucher sind hingegen gegen die Festsetzung nicht klagebefugt, auch nicht gegen ihre Ablehnung oder einzelne Nebenbestimmungen (TETTINGER, § 69 Rdnr. 7). Etwas anderes gilt nur für den Fall des § 69 a Abs. 1 Nr. 3 GewO (Schutz des Veranstaltungsteilnehmers vor Gefahren für Leben und Gesundheit). Hierbei handelt es sich um eine Schutznorm.

Unter Umständen sind aber Dritte gegen die Festsetzung klagebefugt. Hierbei kann es sich vor allem um Anwohner handeln. Die Klagebefugnis ist vielfach aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG herzuleiten. Des weiteren kann der Begriff der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in § 69a Abs. 1 Nr. 3 GewO Drittschutz für Nachbarn vermitteln. Zur öffentlichen Sicherheit gehört die gesamte Rechtsordnung. Der Begriff der öffentlichen Sicherheit vermittelt deshalb dann Drittschutz, wenn gegen eine drittschützende Norm verstoßen wird (BVerwG, NVwZ 1987, 494 ff.). Ein solcher Verstoß liegt etwa dann vor, wenn durch die Veranstaltung ein Verstoß gegen das öffentliche oder private Nachbarrecht droht, indem es zu unzumutbaren Belästigungen kommt (zur Gesamtproblematik siehe FRERS, GewArch 1989, 73 ff.) Für den Drittschutz relevant sind

auch Verstöße gegen Sperrzeitenregelungen und das Landesimmissionsschutzrecht (BVerwG, NVwZ 1987, 494 ff.). Oft wird jedoch auch nur eine Verpflichtungsklage in Betracht kommen, gerichtet auf die Beifügung von Auflagen zum Schutz der Anwohner vor Belästigungen und Gefährdungen. Ein entsprechendes formelles subjektives Recht ergibt sich aus § 69 a Abs. 2 GewO.

c) Rücknahme und Widerruf der Festsetzung

Rücknahme und Widerruf der Festsetzung richten sich nach § 69 b Abs. 2 GewO. Dies schließt einen Rückgriff auf §§ 48, 49 VwVfG aus.

4. Das Recht zur Teilnahme (§ 70 Abs. 1 GewO)

Fall 32, Fall 33, Fall 34

§ 70 Abs. 1 GewO begründet den Grundsatz der Marktfreiheit. Jedermann hat – soweit er die Teilnahmekriterien erfüllt – einen Anspruch auf Teilnahme an der Veranstaltung, sei es als Anbieter oder Besucher. Die Befugnisse des Veranstalters zur Auswahl sind beschränkt, was auch § 70 Abs. 2 und Abs. 3 GewO deutlich machen.

Probleme treten vor allem dann auf, wenn der vorhandene Platz nicht für alle Bewerber ausreicht. Folgende Auswahlkriterien gelten u. a. als zulässig:

- Reihenfolge der Anmeldungen;
- Losverfahren;
- rotlierendes System mit turnusmäßiger Berücksichtigung;
- Attraktivität des Standes;
- Grundsatz „bekannt und bewährt“.

Dabei wird man verlangen müssen, daß mehrere Auswahlkriterien kombiniert werden müssen. So ist es unzulässig, nur auf den Grundsatz „bekannt und bewährt“ abzustellen und Neubewerber auf unabsehbare Zeit von der Veranstaltung auszuschließen (OVG Münster, GewArch 1991, 113).

Für die Wahl des richtigen Rechtsweges gilt folgendes: Nach ganz h.M. hat § 70 Abs. 1 GewO als anspruchsbegründende Norm eine Doppelnatur. Ist der Veranstalter eine Privatperson, ist der Zulassungsanspruch bürgerlichrechtlicher Natur und vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen (§ 13 GVG). Ist der Veranstalter hingegen eine juristische Person des öffentlichen Rechts, sind die Verwaltungsgerichte zuständig. Die Entscheidung über die Zulassung wird oft durch Verwaltungsakt gefällt. Denkbar ist, daß die Einzelheiten der Durchführung im Anschluß hieran in einem privatrechtlichen Vertrag geregelt werden (Zwei-Stufen-Theorie). Möglich ist es aber auch, daß ein öffentlich-rechtlicher Vertrag über die Teilnahme an der Veranstaltung geschlossen wird. Schwierig ist die Einordnung von Ansprüchen gegen publizierte Gesellschaften des privaten Rechts, etwa einer GmbH, die ganz oder überwiegend einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft „gehört“. Der Anspruch gegen eine solche GmbH dürfte zivilrechtlich durchzusetzen sein. Wegen § 70 Abs. 1 GewO bedarf es nicht des Umwegs eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs gegen die Trägerkörperschaft auf Einwirkung hinsichtlich der Zulassung.

VII. Die Industrie- und Handelskammern

Fall 35

Träger der Selbstverwaltung der nichthandwerklichen gewerblichen Wirtschaft sind nach dem IHKG die Industrie- und Handelskammern als Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 3 Abs. 1 IHKG).

Der Aufgabenbereich der Industrie- und Handelskammern ergibt sich im einzelnen aus § 1 Abs. 1 IHKG. Für die Industrie- und Handelskammern besteht Pflichtmitgliedschaft (§ 2 Abs. 1 IHKG). Die Kammern finanzieren sich durch Beiträge (§ 3 Abs. 2 IHKG).

D. Handwerksordnung

I. Allgemeines

Eine wichtige Ausnahme vom Prinzip der in §§ 1, 14 GewO niedergelegten Zulassungsfreiheit der Gewerbeausübung enthält die Handwerksordnung. Nach § 1 Abs. 1 HandwO dürfen nur in die Handwerksrolle eingetragene Personen den selbständigen Betrieb eines Handwerks als stehendes Gewerbe betreiben. Die Eintragung in die Handwerksrolle setzt das Bestehen der Meisterprüfung (§ 7 Abs. 1 HandwO, sog. großer Befähigungsnachweis) voraus. Die Anzeigepflicht nach § 14 GewO besteht auch für die Aufnahme eines Handwerks (§ 16 Abs. 1 HandwO).

II. Der Handwerksbetrieb (§ 1 HandwO)

1. Das Merkmal der Selbständigkeit

Ein Handwerk liegt nur bei einem selbständigen Betrieb vor. Selbständig ist eine Tätigkeit in eigenem Namen, für eigene Rechnung und auf eigene Verantwortung (KÜBLER/ABERLE/SCHUBERT, § 1 HandwO Nr. 1). Es gelten die gleichen Voraussetzungen wie für das Vorliegen eines Gewerbes i. S. d. Gewerbeordnung.

2. Betrieb

Ein Betrieb liegt nur bei einer auf eine gewisse Dauer angelegten Tätigkeit zur Schaffung einer Einnahmequelle vor. Auch insoweit besteht eine Parallele zum Gewerbebegriff nach § 1 GewO.

3. Handwerksfähigkeit und Handwerksmäßigkeit

a) Handwerksfähigkeit

Die Handwerksfähigkeit einer Gewerbetätigkeit richtet sich danach, ob sie in der Anlage A zur Handwerksordnung aufgeführt ist. Dabei muß der Betrieb *vollständig* oder *in wesentlichen Tätigkeiten* ein in der Anlage A aufgeführtes Gewerbe umfassen. Es müssen Verrichtungen und Arbeitsweisen ausgeübt werden, die den *Kernbereich* des Handwerks ausmachen und ihm sein essentielles Gepräge geben (BVerwG, GewArch 1992, 386/386). Werden hingegen lediglich unwesentliche Verrichtungen vorgenommen, spricht man von einem *Minderhandwerk*, für das die Zulassungsbeschränkungen der Handwerksordnung nicht gelten (S/M § 1 Rdnr. 33). Die Abgrenzung ist nicht immer einfach. Ein Minderhandwerk liegt vor, wenn die fraglichen Kenntnisse und Fähigkeiten durch eine verhältnismäßig kurze Unterweisung vermittelt werden können. Sind hingegen auch die Teiltätigkeiten nur aufgrund einer umfassenden Berufsausbildung zu erlernen, liegt ein Teilhandwerk vor, für das die Bestimmungen der Handwerksordnung gelten (S/M § 1 Rdnr. 33). Zur Klärung dieser Frage kann vor allem auch auf Ausbildungs- und Prüfungsordnungen für die einzelnen Handwerksberufe zurückgegriffen werden (BGH, GewArch 1992, 25/26 m. w. Nachw.).

Beispiel: Montage und Reparatur industriell vorgefertigter Rolläden gehören grundsätzlich zum Kernbereich des Rolladen- und Jalousiebauer-Handwerks (Nr. 54 der Anlage A zu § 1 Abs. 2 HandwO). Beschränkt sich der Gewerbetreibende jedoch auf einen Typ von Montage- und Reparaturarbeiten, für dessen einwandfreie Ausführung keine qualifizierten Kenntnisse und Fertigkeiten erforderlich sind, sondern eine Anlernzeit von einigen Monaten ausreicht, liegt kein Handwerksbetrieb im Sinne von § 1 Abs. 2 HandwO vor (BVerwG, GewArch 1992, 386/386).

b) Handwerksmäßigkeit

Fall 36

Das Merkmal der Handwerksmäßigkeit dient der Abgrenzung des Handwerks von der Industrie. Es kommt hierbei auf das Gesamtbild des Betriebes an. Ein Handwerk kennzeichnet sich durch die Erbringung von individuellen Einzelleistungen durch qualifizierte Handarbeit. Entscheidend ist das technische und wirtschaftliche Gesamtbild des Produktionsablaufs (S/M § 1 Rdnr. 21). Folgende Kriterien können u.a. für die Konkretisierung dieses Merkmals herangezogen werden:

- Maschinen dienen im Handwerk der Unterstützung der Handfertigkeit (S/M § 1 Rdnr. 23).
- Ein wichtiges Indiz ist das Ausmaß der Arbeitsteilung im Betrieb.
- In einem Handwerksbetrieb ist der Fertigungsablauf weniger spezialisiert (S/M § 1 Rdnr. 24).
- Beschäftigt ein Betrieb in der Hauptsache ungelernte oder angelehrte Mitarbeiter, spricht das gegen die Handwerksmäßigkeit des Betriebes.
- Die Mitwirkung des Betriebsleiters im Produktionsablauf (nicht nur Überwachungstätigkeit) spricht für die Handwerksmäßigkeit.

In einer Klausur kann es sich gelegentlich empfehlen, entgegen dem Wortlaut von § 1 Abs. 2 HandwO zuerst die Handwerksfähigkeit zu prüfen (die aufgrund entsprechender Angaben im Sachverhalt meist eindeutig festzustellen ist), und sich erst dann dem schwierigen Merkmal der Handwerksmäßigkeit zu widmen, die oft ein Schwerpunktproblem bildet.

4. Stehendes Gewerbe

Die Bestimmungen der Handwerksordnung gelten für die Ausübung eines Handwerks als *stehendes* Gewerbe (§ 1 Abs. 1 HandwO). Es bedarf also des Vorliegens einer gewerblichen Nie-

derlassung nach § 42 Abs. 2 GewO. Gewerbetreibende, die ihre Tätigkeit im Umherziehen ohne feststehende Betriebsstätte betreiben (z.B. Scherenschleifer), unterfallen also nicht der Handwerksordnung.

III. Nebenbetrieb, Hilfsbetrieb und Zweigniederlassung

1. Nebenbetrieb

Fall 37, Fall 38, Fall 39

Mit den Regelungen über den Nebenbetrieb (§ 2 Nr. 2 und Nr. 3, § 3 Abs. 1 HandwO) wird ein grundsätzliches Prinzip des Handwerksrechts durchbrochen, nämlich das der Identität von Meister und Betriebsinhaber (SCHWAPPACH/KLINGE, GewArch 1987, 73/74). Liegt ein Nebenbetrieb vor, führt dies zu einer *Privilegierung des Inhabers des Hauptbetriebes*. Dieser wird nach § 7 Abs. 5 HandwO selbst in die Handwerksrolle eingetragen, wenn der Leiter des Nebenbetriebes die Voraussetzungen für die Eintragung erfüllt (sog. Leiterprinzip).

Die Existenz eines Nebenbetriebs setzt zunächst die eines Hauptbetriebes voraus. Kein Nebenbetrieb liegt vor, wenn ein Hauptbetrieb fehlt. Ein Nebenbetrieb muß zudem von wirtschaftlich gesehen untergeordneter Bedeutung sein (HONIG, GewArch 1989, 8/10). Er darf also dem Unternehmen nicht das wirtschaftliche Gepräge geben.

Ein Nebenbetrieb kennzeichnet sich durch eine *wirtschaftliche* (= der Nebenbetrieb fördert die Wirtschaftlichkeit und den Gewinn des Hauptbetriebes), *organisatorische* (= gemeinsame innerbetriebliche Einrichtungen, identische Trägerschaft) und *fachlich-technische* (= der Nebenbetrieb muß die Produktion des Hauptbetriebes fördern, er ergänzt dessen Betriebsprogramm) *Verbundenheit mit einem anderen Betrieb in Handwerk, Industrie oder Urproduktion* (BVerwG, GewArch 1987, 25f.). Vor allem die fachlich-technische Verbundenheit ist oft schwer festzustellen. Das BVerwG stellt

maßgeblich auf Kunden- und Marktbedürfnisse ab (BVerwG, GewArch 1987, 25/26). Es muß vom wirtschaftlichen Standpunkt her und vom Interesse der Kunden her eine sinnvolle Ergänzung und Erweiterung des Leistungsangebotes des Hauptbetriebes vorliegen (BVerwG, aaO).

Im Nebenbetrieb wird ein Handwerk ausgeübt. Der Nebenbetrieb stellt für sich betrachtet einen Gewerbebetrieb dar (HONIG, GewArch 1989, 8/10). Der Nebenbetrieb tritt – im Gegensatz zum Hilfsbetrieb – in einen Leistungsaustausch mit Dritten (etwa auch der Fall bei der Fleischereiabteilung eines Supermarktes). Ein Nebenbetrieb liegt hingegen nicht vor, wenn die Tätigkeit unerheblich ist (§ 3 Abs. 1, Abs. 2 HandwO). Fehlt es an der notwendigen Verbundenheit, liegen zwei selbständige Betriebe (möglicherweise in der Hand eines Unternehmers) vor.

Die Kriterien der organisatorischen und fachlich-technischen Verbundenheit müssen nach h.M. *restriktiv* interpretiert werden. Es soll verhindert werden, daß Gewerbetreibende (etwa Verbrauchermärkte) sich den Zugang zu praktisch allen Handwerksberufen eröffnen, ohne einen Betriebsleiter mit Meisterprüfung einzustellen. Diese Gefahr droht dann, wenn es ihnen gelingt, jeweils unter der Unerheblichkeitsgrenze des § 3 Abs. 2 GewO zu bleiben (siehe nur HONIG, GewArch 1989, 8/11). Ein solches Verständnis läßt sich aus dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 HandwO nicht herauslesen. Es erscheint gleichwohl sachgerecht. Man kann deshalb für handwerkliche Tätigkeiten im Rahmen eines anderen Unternehmens folgendermaßen zu einer richtigen Einordnung kommen.

Prüfungspunkt 1: Handelt es sich überhaupt um eine relevante wirtschaftliche Tätigkeit? Wenn nein: Es liegt kein eigenes Gewerbe vor, die HandwO gilt nicht. Der Inhaber des Betriebes braucht nicht über den großen Befähigungsnachweis zu verfügen. Wenn ja

Prüfungspunkt 2: Wird die Tätigkeit in einer organisatorisch sowie fachlich-technischen Verbundenheit mit dem Hauptbetrieb geführt? Wenn nein: Es gelten die normalen Regeln der Handwerksordnung. Der Inhaber des Betriebes muß die Meisterprüfung bestanden haben. Wenn ja

Prüfungspunkt 3: Wird die Schwelle des § 3 Abs. 2 HandwO über-

schritten? Wenn nein: Die Regeln der Handwerksordnung gelten nicht (also nur, wenn Frage 2 mit Ja zu beantworten ist!). Weder der Inhaber des Hauptbetriebes noch der Leiter des Nebenbetriebes (sofern vorhanden) benötigt den großen Befähigungsnachweis. Wenn ja: Die Handwerksordnung gilt mit den entsprechenden Privilegien für Nebenbetriebe.

2. Hilfsbetrieb

Fall 40

Für den Hilfsbetrieb (§ 3 Abs. 3 HandwO) gelten die Bestimmungen der Handwerksordnung (vor allem die Notwendigkeit einer Eintragung aufgrund eines großen Befähigungsnachweises) nicht. Er kennzeichnet sich dadurch, daß er in keinen oder nur in einen geringen Leistungsaustausch mit Dritten tritt (Beispiel: Reparaturwerkstatt einer großen Spedition). Die Feststellung eines Hilfsbetriebes ist anhand der detaillierten Maßstäbe von § 3 Abs. 3 HandwO verhältnismäßig leicht möglich.

IV. Der große Befähigungsnachweis

1. Die Meisterprüfung

Die Handwerksordnung geht von dem Grundsatz aus, daß nur derjenige, der den großen Befähigungsnachweis besitzt (Meisterprüfung), ein Handwerk betreiben darf (§§ 1 Abs. 1, 7 Abs. 1 HandwO). Es handelt sich verfassungsrechtlich um eine subjektive Zulassungsvoraussetzung, also einen Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG) auf der zweiten Stufe. Als wichtiger Grund des Allgemeinwohls, der diesen Eingriff rechtfertigt, sieht die Rechtsprechung die Sicherung des hohen Leistungsstandards des Handwerks an (BVerfGE 13, 97/107ff.). Grundsätzliches Regelungsanliegen des Handwerksrechts ist vor

allem der *Mittelstandsschutz*. Der Aspekt der Gefahrenabwehr, also der Schutz von Kunden und Allgemeinheit vor unsachgemäß ausgeübten Arbeiten, ist hingegen sekundär. Ansonsten wären die Ausnahmen, die die Handwerksordnung vor allem für Neben- und Hilfsbetriebe (§ 3 HandwO) vorsieht, nicht erklärlich und wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG verfassungswidrig.

2. Ausnahmbewilligung

Die Handwerksordnung läßt gem. § 8 HandwO nur für Ausnahmefälle die Eintragung in die Handwerksrolle und damit den selbständigen Betrieb eines Handwerks auch ohne großen Befähigungsnachweis zu, soweit vom Vorliegen der notwendigen Fähigkeiten auch ohne Meisterprüfung ausgegangen werden kann. Die Ausnahmbewilligung kann nach § 8 Abs. 2 HandwO eingeschränkt, insbesondere auf einen Teilbereich eines Handwerks beschränkt werden. Auch für eine beschränkte Ausnahmbewilligung nach § 8 Abs. 2 HandwO muß aber ein Ausnahmefall nach § 8 Abs. 1 HandwO vorliegen (BVerwGE 39, 15/19; NVwZ 1993, 270f.). Ob ein Ausnahmefall vorliegt, richtet sich nach den Gesamtumständen. Hierfür gelten zwei „Richtpunkte“ (BVerwG, GewArch 1991, 386/387):

(1) Wegen der verfassungsrechtlichen Garantie des Art. 12 Abs. 1 GG darf die Vorschrift des § 8 Abs. 1 HandwO nicht „engherzig“ ausgelegt werden.

(2) Andererseits ist grundsätzlich daran festzuhalten, daß die Meisterprüfung grundsätzliche Voraussetzung für die Ausübung eines Handwerks ist.

Ein Ausnahmefall ist deshalb etwa dann anzunehmen, wenn der Berufswerber den Unterhalt von Angehörigen bestreiten muß und er deshalb nicht in der Lage ist, den Zeit- und Geldaufwand für den Besuch von Meisterkursen aufzubringen (BVerwG, GewArch 1991, 386/387). Ein anderer möglicher Grund ist das vorgerückte Alter eines Berufsanwärters (BVerwG, aaO). Ab einem Alter von etwa 48–50 Jahren erscheint die Ablegung der Meisterprüfung regelmäßig nicht mehr zumutbar (BVerwG, GewArch 1993, 165/

165). Es kommt jedoch nicht nur auf den Zeitpunkt an, in welchem die Ausnahmegenehmigung begehrt wird. Ein Ausnahmefall liegt auch dann nicht vor, wenn die Meisterprüfung in einem früheren Zeitpunkt ohne besondere, aus dem Rahmen fallende Belastung hätte abgelegt werden können (BVerwG, GewArch 1992, 242 ff., GewArch 1993, 165 f.).

3. Betreiben mehrerer Handwerke

Wer mehrere Handwerke betreiben will, muß mit jedem Handwerk in die Handwerksrolle eingetragen sein, also für jedes Handwerk die Meisterprüfung oder eine Ausnahmegenehmigung gemäß § 8 HandwO besitzen. Nicht zu verwechseln ist dies mit der Regelung des § 5 HandwO. Diese Bestimmung gestattet nicht den Betrieb mehrerer Handwerke, sondern lediglich die Ausführung von einzelnen Arbeiten in anderen Handwerken. Tätigkeiten, die technisch den Betrieb eines anderen Handwerks berühren, dürfen im Rahmen eines in den eigenen Bereich fallenden Auftrags mit ausgeführt werden.

4. Von Personen- und Kapitalgesellschaften betriebene Handwerke

Fall 41

Wird ein Handwerk von einer Personengesellschaft (vgl. § 1 Abs. 1 S. 2 HandwO) ausgeübt, so genügt es für die Eintragung in die Handwerksrolle, wenn ein für die technische Leitung verantwortlicher, persönlich haftender Gesellschafter die erforderliche Qualifikation besitzt (§ 7 Abs. 4 S. 2 HandwO). Eingetragen wird die Personengesellschaft (OHG oder KG), bei einer BGB-Gesellschaft alle Gesellschafter.

Bei Handwerksbetrieben juristischer Personen genügt es, wenn der Leiter des Handwerksbetriebes über den großen Befähigungsnachweis verfügt (§ 7 Abs. 4 S. 1 HandwO). Ein „Leiter“ in diesem Sinne liegt jedoch nur dann vor, wenn die verantwortliche Person

auch anwesend ist und den Betriebsablauf überprüfen und eingreifen kann. Inwieweit es damit vereinbar ist, zwei Betriebe zur gleichen Zeit zu leiten, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab (räumliche Distanz zwischen den Betrieben, Art des Handwerks etc.).

5. Das Hinterbliebenenprivileg

Nach dem Tode eines selbständigen Handwerkes gilt für den überlebenden Ehepartner und für Erben bis zum 25. Lebensjahr das sog. Hinterbliebenenprivileg des § 4 HandwO. Dann können für i. d. R. ein Jahr (siehe zu den Einzelheiten § 4 Abs. 2 S. 1 2. HS und § 4 Abs. 2 S. 2 HandwO) Hinterbliebene den Betrieb auch dann fortführen, wenn sie selbst nicht über die entsprechende Qualifikation verfügen und auch keinen entsprechend qualifizierten Leiter beschäftigen. Nach einem Jahr gilt dann gem. § 4 Abs. 2 HandwO das sog. Leiterprinzip.

V. Die Handwerksrolle

Fall 42

1. Eintragung von Amts wegen

Die Eintragung in die Handwerksrolle erfolgt von Amts wegen (§ 10 Abs. 1 HandwO). Um die notwendigen Informationen zu erhalten, hat die Handwerkskammer ein Auskunftsrecht nach § 17 HandwO. Das Auskunftsverlangen nach § 17 Abs. 1 HandwO ist ein Verwaltungsakt (OLG Hamm, GewArch 1993, 28f.). Die Vorschrift des § 17 Abs. 1 HandwO ist dabei weiter zu verstehen, als sie formuliert ist. Auskunftspflichtig sind die Betriebe, die für eine Auskunft in Betracht kommen. Es ist nicht erforderlich, daß sie die Eintragungsvoraussetzungen erfüllen. Dies festzustellen, ist Zweck von Auskunftsverlangen.

2. Die Mitteilung der Handwerkskammer nach § 11 HandwO und die Eintragung in die Handwerksrolle

Die Mitteilung der Handwerkskammer über die Eintragung ist ein Verwaltungsakt. Die Eintragung selbst ist *Vollzug des Verwaltungsaktes*, der nach dessen Bestandskraft als solcher nicht mehr angefochten werden kann (ZIEKOW, JuS 1992, 728/730). Auch die Industrie- und Handelskammer kann nach § 12 HandwO die Mitteilung anfechten.

Auch wenn der Vollzug der Eintragung nach Bestandskraft der Mitteilung über die Eintragung nicht mehr angefochten werden kann, ist doch die Eintragung selbst ebenfalls ein Verwaltungsakt (ARNDT, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rdnr. 297). Ist keine Mitteilung ergangen, wird aber trotzdem eingetragen, können der Betroffene und die Industrie- und Handelskammer hiergegen im Wege der Anfechtungsklage vorgehen. Die Eintragung ist formell rechtswidrig, da vorher eine Mitteilung ergehen mußte. Es handelt sich allerdings um einen Verfahrensfehler, der dann, wenn die Eintragungsvoraussetzungen vorliegen, nach § 46 VwVfG unbeachtlich ist.

Daß die Eintragung selbst ein Verwaltungsakt ist, ist vor allem auch dann wichtig, wenn die Eintragung erstritten werden soll. Dann ist Verpflichtungsklage zu erheben, und zwar auf Eintragung (nicht auf Mitteilung der Eintragsabsicht oder auf positive Entscheidung über die Eintragung). Eine unmittelbare Anfechtung der Eintragung dürfte auch dann in Betracht kommen, wenn nach Unanfechtbarkeit der Mitteilung die Eintragungsvoraussetzungen weggefallen sind.

3. Löschung in der Handwerksrolle (§ 13 HandwO)

Die Löschung in der Handwerksrolle (§ 13 Abs. 1 HandwO) ist wie die Eintragung ein Verwaltungsakt (VGH Mannheim, Gew-Arch 1992, 66 f.). Die Löschung erfolgt, wenn die Voraussetzungen für die Eintragung nicht vorliegen (§ 13 Abs. 1 HandwO). Die Mitteilung der beabsichtigten Löschung (§ 13 Abs. 3 HandwO) ist

wie die Mitteilung der Eintragung nach § 11 HandwO ein Verwaltungsakt (BVerwG, GewArch 1991, 352/353). Gegen die Löschung selbst kann nicht mehr eingewandt werden, die Löschungsankündigung sei rechtswidrig, wenn diese bestandskräftig ist. Im Wege der Anfechtungsklage geltend gemacht werden können nur solche Einwände, die nach Unanfechtbarkeit der Löschungsankündigung entstanden sind (VGH Mannheim, GewArch 1992, 66f.).

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Rechtmäßigkeit der Mitteilung sind die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung (BVerwG, GewArch 1991, 352/353).

Es kommt für die Anwendung des § 13 HandwO nach dem eindeutigen Wortlaut der Vorschrift *nicht* darauf an, ob die Eintragungsvoraussetzungen nach Eintragung oder Mitteilung der Eintragungsabsicht weggefallen sind. § 13 HandwO ist auch dann anzuwenden, wenn die Eintragungsvoraussetzungen von Anfang an nicht vorgelegen haben. Die Korrektur einer rechtswidrigen Eintragung erfolgt also nicht über § 48 VwVfG sondern über § 13 HandwO.

Wird einem selbständigen Handwerker die weitere Gewerbeausübung wegen Unzuverlässigkeit nach § 35 GewO untersagt, führt dies ebenfalls dazu, daß nach § 13 Abs. 1 HandwO eine Löschung zu erfolgen hat (BVerwG, GewArch 1992, 339f.).

VI. Untersagung der Ausübung des Handwerks

Fall 43

Die zuständige Gewerbeaufsichtsbehörde (nicht die Handwerkskammer) kann gegen die Ausübung eines Handwerks entgegen den Vorschriften der HandwO nach § 16 Abs. 3 HandwO einschreiten. Hierfür kommen folgende Fälle in Betracht:

- (1) Ein Handwerk wird betrieben, ohne daß der Inhaber in die Handwerksrolle eingetragen ist.
- (2) Der in die Handwerksrolle eingetragene Inhaber leitet den Betrieb oder eine Zweigstelle nicht selbst, sondern überläßt dies ei-

nem Stellvertreter, ohne daß ein in der HandwO vorgesehener Ausnahmefall vorliegt.

(3) Schwierig zu beurteilen ist der Fall, daß die Aufsichtsbehörde davon ausgeht, daß die Voraussetzungen für die Ausübung des Handwerks nicht oder nicht mehr vorliegen, der Betreffende gleichwohl noch in der Handwerksrolle eingetragen ist. Ist die Handwerkskammer der Auffassung, daß eine Löschung nach § 13 Abs. 1 HwO nicht in Betracht kommt, dürfte ein Einschreiten der Aufsichtsbehörde nach § 16 Abs. 3 HandwO ausgeschlossen sein (vgl. auch S/M § 16 Rdnr. 11).

Die Handwerkskammer hat nach § 16 Abs. 3 S. 1 HandwO gegen die zuständige Behörde ein formell subjektives Recht auf Einschreiten, wenn die Voraussetzungen des § 16 Abs. 3 HandwO vorliegen. Für das Einschreiten hat die Behörde gleichwohl ein Ermessen. Eine Untersagung nach § 16 Abs. 3 HandwO auf Verlangen der Handwerkskammer dürfte nur dann ermessensfehlerfrei sein, wenn der Betrieb sowohl formell, also auch materiell illegal ist. Bei nur formeller Illegalität kann die Handwerkskammer diesen Zustand durch Eintragung in die Handwerksrolle beenden, was die Gewerbeaufsichtsbehörde dazu berechtigen kann, ein Einschreiten abzulehnen.

Nach § 16 Abs. 3 S. 2 HandwO kann die Handwerkskammer gegen eine Untätigkeit der Behörde verwaltungsgerichtlich vorgehen. § 16 Abs. 3 S. 1 und S. 2 HandwO vermitteln ein öffentlich-rechtlich geschütztes Interesse auf Eingreifen und damit die Klagebefugnis. Sie kann auch Rechtsmittel einlegen, wenn eine Verfügung der zuständigen Behörde auf Klage hin aufgehoben wird (BVerwG, GewArch 1992, 107ff.).

Nach § 16 Abs. 4 HandwO kann schließlich die Schließung der Betriebs- und Geschäftsräume angeordnet werden. Wie bei § 35 Abs. 5 GewO handelt es sich nicht um eine Bestimmung aus dem Verwaltungsvollstreckungsrecht, sondern um die Befugnisgrundlage zum Erlaß eines dann nach den entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften zu vollstreckenden Grundverwaltungsaktes.

VII. Handwerksähnliche Gewerbe

Fall 44

Teilweise den Bestimmungen der HandwO unterliegen die handwerksähnlichen Gewerbe (§§ 18 ff. HandwO; zur Anwendbarkeit von Vorschriften der HandwO siehe § 20 HandwO). Ob ein handwerksähnliches Gewerbe vorliegt, richtet sich analog zu den Handwerksbetrieben danach, ob

a) das Gewerbe in der Anlage B zur HandwO aufgeführt wird und

b) es in einer handwerksähnlichen Form betrieben wird (§ 18 Abs. 2 HandwO).

Zu beachten ist der Unterschied zur Formulierung des § 1 Abs. 2 HandwO. Für die Annahme eines Handwerksbetriebes reicht es aus, daß wesentliche Tätigkeiten eines in der Anlage A genannten Gewerbes verrichtet werden. Bei den handwerksähnlichen Betrieben müssen hingegen die zu dem in der Anlage B genannten Gewerbe typischerweise gehörenden Arbeitsgebiete ausgeübt werden (S/M § 18 Rdnr. 5).

Der wichtigste Unterschied zwischen Handwerks- und handwerksähnlichen Betrieben besteht darin, daß für die Ausübung eines handwerksähnlichen Betriebes kein großer Befähigungsnachweis erforderlich ist. Es besteht also uneingeschränkt Gewerbefreiheit. Die Aufnahme und die Beendigung des Betriebes ist jedoch anzeigepflichtig (§ 18 Abs. 1 S. 1 HandwO). Die Handwerkskammer führt auch über die handwerksähnlichen Betriebe ein Verzeichnis (§ 19 Abs. 1 HandwO). Auch die Inhaber handwerksähnlicher Betriebe sind nach § 90 Abs. 2 HandwO Mitglied in der Handwerkskammer. Der Sinn der Regelungen über handwerksähnliche Betriebe besteht in der Beratung und Betreuung der Inhaber solcher Betriebe durch die dazu besonders geeignete Handwerkskammer (§ 91 Abs. 4 i. V. m. Abs. 1 HandwO) (vgl. auch S/M § 18 Anm. 2).

VIII. Die Organisation des Handwerks

1. Handwerksinnung (§§ 52–78 HandwO)

Fall 45

Handwerksinnungen sind Zusammenschlüsse gleicher oder fachlich bzw. wirtschaftlich sich nahestehender selbständiger Handwerker. Der Zusammenschluß erfolgt auf freiwilliger Basis.

Vom Rechtsstatus her sind Innungen Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 53 S. 1 HandwO). Es gilt der Ausschließlichkeitsgrundsatz, d. h. für jedes Handwerk kann in jedem Bezirk nur eine Handwerksinnung gebildet werden (§ 52 Abs. 1 S. 2 HandwO). Der Innungsbezirk soll sich i. d. R. mit einem Stadt- oder Landkreis decken (§ 52 Abs. 2 S. 2 HandwO, Grundsatz der Einräumigkeit der staatlichen Verwaltung). Dies ist ein rechtlich zwingendes Gebot. Eine Abweichung ist nur in Sonderfällen gestattet (BVerwG, GewArch 1992, 302 ff.).

Zu den Aufgaben einer Innung siehe § 54 HandwO. Wichtig ist, daß die Innung subsidiär tariffähig ist (§ 54 Abs. 3 Nr. 1 HandwO).

Die Innung unterliegt der Aufsicht der Handwerkskammer (§ 75 HandwO).

2. Innungsverbände (§§ 79–85 HandwO)

a) Übersicht

Die Handwerksinnungen des gleichen Handwerks oder sich fachlich oder wirtschaftlich nahestehender Handwerke, die im Gebiet eines Landes ihren Sitz haben, können sich zu einem Landesinnungsverband zusammenschließen (§§ 79–84 HandwO). Die Landesinnungsverbände sind Körperschaften des privaten Rechts (§ 80 S. 1 1. HS HandwO). Sie werden durch Genehmigung rechtsfähig (§ 80 S. 1 2. HS HandwO).

Die im gesamten Bundesgebiet bestehenden Landesinnungsverbände können sich zu einem Bundesinnungsverband zusammenschließen. Auch der Bundesinnungsverband ist ein privatrechtlicher Verein, der durch Genehmigung seiner Satzung rechtsfähig wird (§ 85 Abs. 2 i. V. m. § 80 HandwO).

Die Gesamtheit der Bundesinnungsverbände bildet die Vereinigung der Zentralfachverbände als privatrechtlicher Verein.

b) Die Grundrechtsfähigkeit von Innungen und Innungsverbänden

Aus der Qualifikation von Innungen oder Innungsverbänden als Körperschaften des öffentlichen oder des privaten Rechts ergibt sich kein unmittelbar verbindlicher Hinweis auf die Grundrechtsträgerschaft gemäß Art. 19 Abs. 3 GG. Zwar gilt als grobe verfassungsrechtliche Faustregel, daß juristische Personen des Privatrechts nach Art. 19 Abs. 3 GG Grundrechtsträger sein können und juristische Personen des öffentlichen Rechts nicht. Für Innungsverbände hat das BVerfG jedoch ausgesprochen, daß es für die Grundrechtsträgerschaft darauf ankommt, ob der beanstandete Akt der öffentlichen Gewalt den Innungsverband in einer gesetzlich zugewiesenen und geregelten Aufgabe trifft oder nicht. Soweit dies der Fall ist, kommt den Innungsverbänden keine Grundrechtsträgerschaft zu (BVerfGE 68, 193/205 ff.).

3. Die Handwerkskammern (§§ 90 ff. HandwO)

Das Schwergewicht der handwerklichen Selbstverwaltung liegt bei den Handwerkskammern (§§ 90 ff. HandwO). Ihnen obliegt die Betreuung des Handwerks in einem umfassenden gegenständlichen und persönlichen Sinne, also der Handwerker, Gesellen, Lehrlinge aller handwerklichen Fachgebiete (zu den Einzelheiten siehe § 91 HandwO).

Die Handwerkskammern sind Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 90 Abs. 1 HandwO).

Jeder selbständige Handwerker, jeder Inhaber eines handwerks-

ähnlichen Betriebes sowie die Gesellen und Lehrlinge dieser Gewerbetreibenden sind Mitglied der Handwerkskammer. Für die Mitglieder- bzw. Vollversammlung gilt jedoch ein Repräsentativprinzip (siehe §§ 92, 93 HandwO). Gleichwohl sind auch diejenigen Mitglieder der Handwerkskammer, die nicht Mitglied in der Vollversammlung sind.

E. Gaststättenrecht

I. Einführung

Neben der Handwerksordnung enthält das Gaststättengesetz eine weitere wichtige Ausnahme vom Grundsatz der Zulassungsfreiheit im Gewerbebereich. Ein Gaststättengewerbe darf nur mit ausdrücklicher Erlaubnis betrieben werden (§ 2 Abs. 1 S. 1 GastG). Ausnahmen bzw. Ausnahmeermächtigungen enthalten vor allem §§ 14, 25, 26 GastG. Nach § 31 GastG findet jedoch die Gewerbeordnung soweit Anwendung, wie das Gaststättengesetz keine Sonderregelungen enthält. Anwendbar sind deshalb vor allem die Vorschriften über die Anzeigepflicht (§§ 14, 15 Abs. 1 GewO) oder die Verhinderung der Fortsetzung eines nicht genehmigten Betriebes (§ 15 Abs. 2 GewO).

II. Der Begriff der Gaststätte

1. Gewerbe

Fall 46

Das Gaststättengesetz ist nur dann anwendbar, wenn ein *Gewerbe* vorliegt (§§ 1 Abs. 1 S. 1, 31 GastG). Insofern gelten die zu § 1 GewO getroffenen Begriffsbestimmungen.

2. Zugänglichkeit des Betriebes

Fall 47

Ein zweites, allgemeines Merkmal für das Vorliegen eines Gaststättengewerbes ist es, daß der Betrieb jedermann oder bestimmten

Personenkreisen zugänglich sein muß. Dies ist dann nicht der Fall, wenn nur ganz bestimmte Einzelpersonen „bedient“ werden. Auch die Bedienung „geschlossener Gesellschaften“ fällt nicht unter das Gaststättengesetz.

3. Schankwirtschaft

Ein Gaststättengewerbe ist nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GastG die Verabreichung von Getränken zum Verzehr an Ort und Stelle (= Ausschank). *Getränke* sind alle Flüssigkeiten, die nach der Verkehrsauffassung zum Trinken bestimmt sind. Es kommt nicht darauf an, ob sie Alkohol enthalten. Ein *Verabreichen* liegt auch dann vor, wenn die Getränke zur Selbstbedienung bereitgestellt werden (M/K § 1 Rdnr. 43) Ein *Verzehr* liegt darin, daß das Getränk konsumiert wird. Es kommt nicht darauf an, ob dies in größeren Mengen geschieht. Auch die Verabreichung von Kostproben fällt deshalb unter die Schankwirtschaft (siehe allerdings § 2 Abs. 2 Nr. 2 GastG: Erlaubnisfreiheit).

Die Verabreichung der Getränke muß zum Verzehr an Ort und Stelle erfolgen. Der Verabreicher des Getränks muß den Verzehr an Ort und Stelle in irgendeiner Weise fördern. Dies kann geschehen durch die Bereitstellung von Sitzgelegenheiten, aber auch durch die Abgabe von Getränken in geöffneten Flaschen oder in Bechern (KOSMIDER, GewArch 1987, 281/282). Bei der Abgabe von Getränken am Automaten ist dies etwa dann der Fall, wenn der Automat eine Vorrichtung zum Öffnen von Flaschen enthält.

4. Speisewirtschaft

Ein Gaststättengewerbe ist die Verabreichung von zubereiteten Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 GastG). Eine *Speise* ist jedes Nahrungsmittel, das von der Verkehrsanschauung nicht als Getränk angesehen wird (M/K § 1 Rdnr. 54). *Zubereitet* ist eine Speise dann, wenn sie eßfertig gemacht worden ist. Nicht unter die Speisewirtschaft fällt deshalb die Abgabe von Wa-

ren, die bereits eßfertig sind (z.B. ungeschältes Obst, Dauerwaren wie z.B. Konserven). Hinsichtlich des Verzehrs an Ort und Stelle gilt Gleiches wie bei der Schankwirtschaft.

5. Beherbergungsbetrieb

Beherbergung ist die Bereitstellung von Obdach/Unterkunft mit Schlafgelegenheit (BayVGH, BayVBl. 1993, 434/435). Für das Vorliegen eines Beherbergungsbetriebes (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 GastG) kommt es allein auf die Beherbergung von Gästen an. Gleichgültig ist, ob auch Speisen oder Getränke verabreicht werden. Auch die Vermietung von Häusern und Wohnungen eines Feriendorfs durch eine Verwaltungsgesellschaft ist ein Beherbergungsbetrieb (BayVGH, aaO).

6. Gaststätten ohne gewerbliche Niederlassung

Nach § 1 Abs. 2 GastG gibt es auch Gaststättengewerbe ohne gewerbliche Niederlassung (z.B. Bierzelt, Hähnchenbraterie). Diese Tätigkeit braucht – anders als es § 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO vorsieht – nicht in eigener Person ausgeübt zu werden. Der Gewerbetreibende kann sich also durch Hilfskräfte vertreten lassen (M/K § 1 Rdnr. 67). Nach § 13 Abs. 1 GastG findet Teil III der Gewerbeordnung (§§ 55 ff. GewO) keine Anwendung.

Etwas mißverständlich ist der Begriff „Dauer der Veranstaltung“ in § 1 Abs. 2 GastG. Damit ist *nicht* der Anlaß gemeint, aus dem das Verabreichen stattfindet (z.B. das Volksfest), sondern die gewerbliche Tätigkeit, also der Ausschank der Getränke oder die Verabreichung von Speisen (M/K § 1 Rdnr. 69).

Etwas problematisch ist, welche Befugnisnormen anwendbar sind, wenn der Inhaber des Gewerbes dieses ohne die erforderliche Gaststättenerlaubnis ausübt. Da die §§ 55 ff. GewO nach § 13 Abs. 1 GastG nicht anwendbar sind, dürfte ein Rückgriff auf die Bestimmungen über das stehende Gewerbe möglich sein (anders M/K § 13 Rdnr. 2: Rückgriff auf das allgemeine Polizei- und Ordnungs-

recht). Anzuwenden ist deshalb – wie bei sonstigen Gaststättenbetrieben – § 15 Abs. 2 GewO.

III. Die Gaststättenerlaubnis

1. Erlaubnisnehmer

Erlaubnisinhaber können sein:

- natürliche Personen
- juristische Personen (§ 4 Abs. 2 GastG)
- nichteingetragene Vereine (§§ 2 Abs. 1 S. 2, 4 Abs. 2 GastG) (Besonderheit des Gaststättengesetzes!)

OHG und KG können nach überwiegender Auffassung hingegen nicht Erlaubnisnehmer sein, sondern nur ihre Gesellschafter (M/K § 2 Rdnr. 20). Sachgerecht ist diese Auffassung nicht. Auch in anderen Zusammenhängen werden OHG und KG den juristischen Personen gleichgestellt und zumindest nicht schlechter behandelt (etwa bei Art. 19 Abs. 3 GG).

2. Die Erlaubnis im einzelnen

Fall 48

Soweit kein Versagungsgrund nach § 4 GastG vorliegt, muß die Gaststättenerlaubnis erteilt werden (gebundene Entscheidung). Die Erlaubnis muß *schriftlich erteilt werden* (siehe § 3 Abs. 1 S. 2 GastG: „Erlaubnisurkunde“). Wird hiergegen verstoßen, ist die Erlaubnis nach § 44 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG *nichtig*.

Wird ein Gaststättengewerbe ohne die erforderliche Genehmigung betrieben, kann der Betrieb nach § 31 GastG i.V.m. § 15 Abs. 2 GewO unterbunden werden.

Die Gaststätte kann auch durch einen *Stellvertreter* betrieben werden. Hierzu bedarf es einer Stellvertretungserlaubnis (§ 9 GastG). Beachte: Die Stellvertretungserlaubnis erhält der Inhaber der Gaststätte, nicht der Stellvertreter!

Die Gaststättenerlaubnis ist eine *raumbezogene Personalkonzession*. Sie geht beim Übergang des Betriebes nicht auf die Rechtsnachfolger über, sondern muß neu beantragt werden. Erleichterte Möglichkeiten zur Betriebsfortführung sehen allerdings §§ 10–12 GastG vor.

Die Gaststättenerlaubnis wird für eine bestimmte Betriebsart und für bestimmte Räume erteilt (§ 3 Abs. 1 S. 1 GastG). Der Wechsel der Räume oder der Betriebsart ist deshalb ein erlaubnispflichtiger Vorgang. Bezüglich der Betriebsart wird folgendermaßen unterschieden (DIEFENBACH, GewArch 1992, 249f.): Es gibt auf der einen Seite den „Grundtyp“ der Schank- und Speisewirtschaft. Dabei handelt es sich um den Betrieb einer Gaststätte *ohne besondere Betriebseigentümlichkeiten*. Soll hingegen eine *besondere Betriebsart* genehmigt werden, muß dies in der Erlaubnis angegeben werden. Eine besondere Betriebsart liegt dann vor, wenn die Gaststätte nach ihrem Gesamtgepräge vom Grundtyp in einer Weise abweicht, der für die Genehmigungsvoraussetzungen des § 4 GastG von Relevanz ist (Beispiel: Tanzcafé, Diskothek).

3. Die Voraussetzungen für eine Erlaubnisverweigerung (§ 4 GastG)

a) Unzuverlässigkeit des Antragstellers (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG)

Ein Versagungsgrund ist die Unzuverlässigkeit des Antragstellers (§ 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG). Es gelten dabei die gleichen Grundsätze wie bei § 35 Abs. 1 GewO, der Begriff der Unzuverlässigkeit stimmt in beiden Normen überein. Vor allem ist die Aufzählung der Unzuverlässigkeitsgründe in § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG nicht abschließend („insbesondere“).

b) Ungeeignetheit der Räume (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 GastG)

Fall 49

Die Erlaubnis ist auch bei Ungeeignetheit der Räume zu versagen (§ 4 Abs. 1 Nr. 2 GastG). Eine Konkretisierung der im einzelnen geltenden Voraussetzungen enthalten die Gaststättenverordnungen der Länder.

c) Ungeeignete Lage der Räume (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 GastG)

Fall 50, Fall 51, Fall 52, Fall 53, Fall 54, Fall 55

Die Erlaubnis ist weiterhin bei ungeeigneter Lage der Räume zu versagen (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 GastG). Ein Gaststättenbetrieb widerspricht vor allem dann im Hinblick auf seine Lage dem öffentlichen Interesse, wenn er bauplanungsrechtlich unzulässig ist. § 4 Abs. 1 Nr. 3 GastG ist für die Nachbarschaft drittschützend. Dies gilt, obwohl § 4 Abs. 1 Nr. 3 GastG den Schutz der Nachbarn – anders als § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG – nicht ausdrücklich nennt. § 4 Abs. 1 Nr. 3 GastG verlangt aber die Vermeidung schädlicher Umwelteinwirkungen. Damit wird auf § 3 Abs. 1 BImSchG verwiesen, der auf diese Weise § 4 Abs. 1 Nr. 3 GastG drittschützensden Charakter vermittelt (FRERS, GewArch 1989, 73/75).

Zu beachten ist, daß *neben der Gaststättengenehmigung weiterhin eine Baugenehmigung erforderlich ist*. Im Hinblick auf das Konkurrenzverhältnis beider Genehmigungen gilt:

- Es gibt keine zwingende Reihenfolge, nach der die Genehmigungen zu beantragen oder die Anträge zu bescheiden sind (M/K § 4 Rdnr. 57).
- Ist die Baugenehmigung erteilt, kann die Gaststättengenehmigung nicht wegen Verstoßes gegen nachbarliche Interessen nach § 4 Abs. 1 Nr. 3 GastG versagt werden, soweit diese Interessen bereits in bauplanungsrechtlicher Hinsicht relevant und zu berücksichtigen waren. Möglich bleibt allerdings eine zeitliche Beschränkung des Gaststättenbetriebes im Hinblick auf die Betriebszeit (BVerwG, NVwZ 1992, 569). Nicht ausgeschlossen ist

auch eine Versagung der Gaststättengenehmigung aus anderen Gründen.

- Ist die Gaststättengenehmigung erteilt, kann trotzdem die Baugenehmigung versagt werden (Grundsatz der größeren Fachkompetenz und Sachnähe der Baubehörde).
- Wird die Baugenehmigung versagt, hindert dies die Erteilung einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis nicht. Ablehnenden Bescheiden der Baubehörde wird nach dem Bauordnungsrecht der Länder i. d. R. keine Bindungswirkung für das gaststättenrechtliche Erlaubnisverfahren dahingehend beigemessen, daß das Vorhaben mit bestimmten Baurechtsnormen unvereinbar ist (BVerwGE 84, 11/14).

Merke: Die *positive* baurechtliche Beurteilung eines Gaststättenvorhabens in der Baugenehmigung hat bezüglich der baurechtlichen Fragen Bindungswirkung für das gaststättenrechtliche Genehmigungsverfahren.

Die Praxis bemüht sich im übrigen, die Probleme der Bindungswirkung *möglichst zu minimalisieren*. Dies geschieht dadurch, daß *über die Baugenehmigung zuletzt entschieden wird* und diese nur dann ergeht, wenn die übrigen Genehmigungen, vor allem die Gaststättenerlaubnis, vorliegen.

d) Der Nachweis lebensmittelrechtlicher Kenntnisse (§ 4 Abs. 1 Nr. 4 GastG)

Die Genehmigung ist dann zu versagen, wenn der Antragsteller oder sein Stellvertreter die notwendigen lebensmittelrechtlichen Kenntnisse nicht durch eine Bescheinigung der IHK nachweist (§ 4 Abs. 1 Nr. 4 GastG). Auch wenn dies aus dem Wortlaut der Vorschrift nicht hervorgeht, muß den Nachweis nur erbringen, wer die Erlaubnis zum Betrieb einer Schank- oder Speisewirtschaft beantragt (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 GastG). Für einen reinen Beherbergungsbetrieb (§ 1 Abs. 1 Nr. 3 GastG) ist der Nachweis nicht erforderlich.

4. Auflagen zur Gaststättenerlaubnis (§ 5 GastG)

Auflagen nach § 5 GastG können jederzeit erteilt werden, also sowohl bei Genehmigungserteilung, als auch nachträglich (in § 36 VwVfG fehlt eine entsprechende Regelung für nachträgliche Auflagen!).

§ 5 Abs. 1 GastG stellt nur darauf ab, ob ein Gewerbetreibender eine Erlaubnis *benötigt*, nicht hingegen, ob er eine Erlaubnis *besitzt*. Deshalb ist eine Maßnahme nach § 5 GastG gegen jeden möglich, der ein Gaststättengewerbe betreibt (siehe auch § 5 Abs. 2 GastG). Auflagen nach § 5 Abs. 1 GastG sind deshalb nicht unbedingt Nebenbestimmungen zu einem Verwaltungsakt. Es kann sich auch um *selbständige Verfügungen* handeln.

Durch Auflagen nach § 5 GastG ist auch eine Verlängerung der Sperrzeit für ein Lokal möglich. Dies ist nicht dem Verfahren nach § 18 Abs. 1 S. 2 GastG vorbehalten (M/K § 5 Rdnr. 4).

Die Erteilung von Auflagen nach § 5 GastG steht im Ermessen der Behörde. Ein formell subjektives Recht Dritter auf Einschreiten (= Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung im Hinblick auf die Berücksichtigung eigener Interessen) besteht zugunsten der Nachbarschaft nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG, auch zugunsten der Beschäftigten nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 GastG, nicht hingegen zugunsten einzelner Gäste. § 5 Abs. 1 Nr. 1 GastG ist keine Schutznorm, da sich ihr ein abgrenzbarer begünstigter Personenkreis nicht entnehmen läßt.

5. Erleichterte Zulassungstatbestände für die Führung einer Gaststätte

Fall 56

Das Gaststättengesetz enthält verschiedene Vorschriften, nach denen es möglich ist, eine Gaststätte zu betreiben, ohne Inhaber einer Erlaubnis nach §§ 2, 3 GastG zu sein. Zu erwähnen ist zunächst die Möglichkeit der Weiterführung einer Gaststätte nach dem Tode des Erlaubnisinhabers durch den Ehegatten oder minderjährigen Erben

gemäß § 10 GastG. § 11 GastG sieht die Erteilung einer vorläufigen Erlaubnis bei Übernahme einer Gaststätte von einer anderen Person vor. Das Landesrecht kann weiterhin nach § 14 GastG vorsehen, daß sog. Straußwirtschaften erlaubnisfrei betrieben werden können.

Schließlich sieht § 12 GastG die Möglichkeit vor, aus besonderem Anlaß den Betrieb eines erlaubnisbedürftigen Gaststättengewerbes unter erleichterten Voraussetzungen vorübergehend auf Widerruf zu gestatten (§ 12 Abs. 1 GastG). Ein „besonderer Anlaß“ liegt dann vor, wenn die betreffende gastronomische Tätigkeit (§ 1 GastG) an ein kurzfristiges, nicht häufig auftretendes Ereignis anknüpft, das außerhalb der gastronomischen Tätigkeit selbst liegt. Die gastronomische Tätigkeit muß Annex eines eigenständigen anderen Ereignisses sein (BVerwG, GewArch 1989, 342 ff.). Beispiele hierfür sind: Eröffnung einer Gaststätte für 5 Tage im Jahr anläßlich eines Weinfestes, Verkauf von Glühwein an einem verkaufsoffenen Sonnabend im Dezember. Die Erteilung der Gestattung bei Vorliegen eines besonderen Anlasses *kann* erteilt werden (Ermessen!). Was unter erleichterten Voraussetzungen zu verstehen ist, läßt sich allgemein nicht umschreiben. In Betracht kommen „Abstriche“ etwa hinsichtlich des § 4 Abs. 1 Nr. 2 GastG, wenn etwa ein Raum für einen zwei- oder dreitägigen Betrieb, nicht aber für einen Dauerbetrieb geeignet erscheint. Denkbar ist auch, daß die Immissionen des Betriebes der Nachbarschaft kurzfristig zuzumuten sind (§ 4 Abs. 1 Nr. 3 GastG).

6. Rücknahme und Widerruf der Erlaubnis (§ 15 GastG)

Fall 57

§ 15 GastG ist eine partielle Sonderregelung zu § 48, 49 VwVfG. § 15 Abs. 1 GastG ist keine abschließende Regelung, die den Rückgriff auf § 48 VwVfG ausschließen würde (M/K § 15 Rdnr. 2). Es wird lediglich das Ermessen ausgeschlossen. Damit gilt im einzelnen folgendes: Nach § 15 Abs. 1 GastG ist die Gaststättengenehmigung zwingend zurückzunehmen, wenn bei Erteilung der Geneh-

migung der Versagungsgrund des § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG erfüllt war. Dies ist vor allem dann relevant, wenn sich die Beurteilung der Merkmale des § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG durch die höchstrichterliche Rechtsprechung ändert oder entgegen der bisherigen Praxis der Behörde konkretisiert wird. Für die Rücknahme gilt die Frist des § 48 Abs. 4 VwVfG. Gerade für das Gaststättenrecht ist es deshalb wichtig, daß allein die Tatsachenkenntnis nicht zum Lauf der Frist des § 48 Abs. 4 VwVfG führt, sondern es zusätzlich erforderlich ist, daß die Behörde die fehlerhafte Rechtsanwendung erkennt (BVerwGE 70, 356/359). Auch die Entschädigungsregelung des § 48 Abs. 3 VwVfG ist anwendbar. Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal gilt jedoch das *Übermaßverbot*. Die Rücknahme muß also vor allem erforderlich und verhältnismäßig sein.

Im Gegensatz zu § 15 Abs. 1 GastG enthalten § 15 Abs. 2 und Abs. 3 GastG eine *abschließende Regelung*, die den Rückgriff auf § 49 VwVfG ausschließt (BVerwG, GewArch 1989, 138ff.). § 15 Abs. 2 GastG sieht einen zwingenden Widerruf vor, wenn nachträglich Tatsachen eintreten, die einen Versagungsgrund nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG darstellen würden. Hieran wird deutlich, daß es sich bei der Gaststättenerlaubnis um einen *Zeitpunkt-, keinen Zeitraumverwaltungsakt handelt*. Der Verwaltungsakt „wird“ also nicht rechtswidrig, wenn der Gastwirt unzuverlässig wird. § 15 Abs. 3 GastG enthält eine Ermessensbestimmung. Auf die übrigen Widerrufsgründe des § 49 Abs. 2 S. 1 VwVfG darf nicht zurückgegriffen werden. Die übrigen Bestimmungen des § 49 VwVfG (etwa § 49 Abs. 2 S. 2, Abs. 3, Abs. 4, Abs. 5 VwVfG) gelten jedoch auch für einen Widerruf nach § 15 Abs. 2, Abs. 3 GastG.

Wichtig also: Nachträglich eingetretene Versagungsgründe nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 GastG rechtfertigen einen Widerruf nicht.

7. Beschäftigungsverbot

Nach § 21 Abs. 1 GastG kann dem Gewerbetreibenden die Beschäftigung einer Person untersagt werden, die die erforderliche

Zuverlässigkeit nicht besitzt. Adressat der Verfügung ist der Inhaber der Gaststätte. Die Untersagung beschränkt sich auf den jeweiligen Betrieb. Die beschäftigte Person ist gegen die Untersagung aus Art. 12 Abs. 1 GG klagebefugt (§ 42 Abs. 2 VwGO).

F. Bundesimmissionsschutzgesetz **(1. und 2. mit Bezügen zum 6. Teil)**

I. Allgemeines

Das öffentliche Immissionsschutzrecht ist eine zentrale Materie des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts. Es ist in wesentlichen Teilen im Bundesimmissionsschutzgesetz und den aufgrund des Bundesimmissionsschutzgesetz ergangenen Verordnungen geregelt. Von großer praktischer Relevanz sind auch die als Verwaltungsvorschriften erlassenen Technischen Anleitungen (TA), vor allem die TA-Lärm und die TA-Luft (§ 49 BImSchG). Eine besondere Regelung haben wegen des besonderen Gefährdungspotentials allerdings die gentechnischen Anlagen im Gentechnikgesetz (GenTG) gefunden. Für sie gilt das Bundesimmissionsschutzgesetz weitgehend nicht (§ 22 Abs. 2 GenTG).

II. Begriffsbestimmungen (§ 3 BImSchG)

§ 3 BImSchG enthält eine Reihe von Legaldefinitionen, die von zentraler Bedeutung für die Anwendung der weiteren Bestimmungen des Bundesimmissionsschutzgesetzes sind.

1. Immissionen und Emissionen (§ 3 Abs. 2 und Abs. 3 BImSchG)

Grundlegend für das Verständnis des Bundesimmissionsschutzgesetzes ist die Unterscheidung von Immissionen (§ 3 Abs. 1 und 2 BImSchG) und Emissionen (§ 3 Abs. 3 BImSchG). Immissionen sind die Einwirkungen auf Menschen, Tiere, Pflanzen etc., Emissionen hingegen die von einer Anlage ausgehenden Belästigungen. Emissionen werden also einem bestimmten Verursacher zugerech-

net, sie werden an der *Quelle* gemessen. Immissionen bezeichnen hingegen Einwirkungen auf einen Rezipienten, wobei die Emissionsquelle an sich irrelevant ist (KLOEPFER, § 7 Rdnr. 25).

Grenzwerte für Immissionen und Emissionen können im Wege der Verwaltungsvorschrift nach § 48 BImSchG (TA-Luft, TA-Lärm) oder durch Rechtsverordnung nach § 48a BImSchG festgesetzt werden. Die dort enthaltenen Vorgaben sind maßgeblich sowohl für die Verwaltungsbehörden als auch für die Gerichte. Ihre besondere Qualität folgt aus dem qualifizierten Erlaßverfahren (§ 48 i. V. m. § 51 BImSchG). Man bezeichnet die Festlegungen deshalb auch als „antizipierte“ Sachverständigengutachten (BVerwGE 55, 251/256). Von den in den technischen Anleitungen vorgenommenen Risikobetrachtungen weichen deshalb auch die Gerichte nur dann ab, wenn diese durch gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse widerlegt sind (BayVGh, BayVbl. 1989, 530ff.). Eine neuere Rechtsprechung des EuGH zur Umsetzung von Richtlinien der EG (EuGH, NVwZ 1991, 866ff. und 868f.) zwingt allerdings zu einer verstärkten Anwendung der Ermächtigung des § 48a BImSchG und zu einer teilweisen Änderung der TA-Luft (ausführlich von DANWITZ, VerwArch 84/1993, 73ff.; EVERLING, NJW 1993, 209/213ff.). Auf die Lösung von Fällen zum Immissionsschutzrecht hat diese europarechtliche Verpflichtung der Bundesrepublik jedoch keine unmittelbaren Auswirkungen.

2. Gefahr, Nachteil, Belästigung

Der Begriff der *Gefahr* wird vor allem in § 3 Abs. 1 BImSchG verwendet. Es wird entsprechend dem allgemeinen Sicherheitsrecht definiert. Eine Gefahr ist danach die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts für ein geschütztes Rechtsgut. Die erforderliche Wahrscheinlichkeit hängt (auch) vom Rang des betroffenen Rechtsgutes und dem Ausmaß des zu erwartenden Schadens ab. Der Ausschluß jeglichen Restrisikos liegt hingegen nicht in der Intention des Bundesimmissionsschutzgesetzes (KLOEPFER, § 7 Rdnr. 28).

Nachteile i. S. v. § 3 Abs. 1 BImSchG sind vor allem Vermögenseinbußen, die durch physische Einwirkungen hervorgerufen werden, ohne zu einem unmittelbaren Schaden zu führen (L/R-KUTSCHEIDT § 3 Rdnr. 12). Beispiele: Wertminderung von Grundstücken, Umsatzrückgang bei Gewerbebetrieben.

Belästigungen sind Beeinträchtigungen des körperlichen und seelischen Wohlbefindens. Im Gegensatz zu Nachteilen handelt es sich um unmittelbare Folgen der physischen Beeinträchtigungen. Von Gefahren unterscheiden sie sich dadurch, daß bei ihrem Auftreten noch keine Schäden drohen (L/R-KUTSCHEIDT § 3 Rdnr. 13).

Nachteile und Belästigungen müssen *erheblich* sein. Erheblich sind sie dann, wenn sie *unzumutbar* sind. Die Feststellung der Unzumutbarkeit erfolgt aufgrund einer *Interessenabwägung*. Hierfür – insbesondere bei der Beurteilung von Lärmimmissionen – ist die *Ortsüblichkeit* ein wichtiges Kriterium (L/R-KUTSCHEIDT § 3 Rdnr. 15 ff.). Weiterhin kommt es auf die bebauungsrechtliche Prägung der Situation sowie tatsächliche und planerische Vorbelastungen an.

Die Begriffe „schädliche Umwelteinwirkung“, „Gefahr“, „Nachteil“, „Belästigung“ etc. sind trotz Vorhandenseins wertender Elemente unbestimmte Rechtsbegriffe und als solche gerichtlich voll überprüfbar.

3. Anlagen (§ 3 Abs. 5 BImSchG)

Fall 58

Von zentraler Bedeutung für die Anwendung des Zweiten Teils des Bundesimmissionsschutzgesetzes (§§ 4–31 BImSchG) ist der Anlagebegriff (§ 3 Abs. 5 BImSchG). In Zweifelsfällen ist er *weit* auszulegen (vgl. auch § 1 Abs. 2–Abs. 5 4. BImSchVO). Liegt eine Anlage i. S. v. § 3 Abs. 5 BImSchG vor, ist der weitere richtige „Einstieg“ in das BImSchG davon abhängig, welche Art von Anlagen vorliegt.

1. *Unterscheidung*: Liegt eine genehmigungsbedürftige oder eine nicht genehmigungsbedürftige Anlage vor (§ 4 Abs. 1 BImSchG)?

Dies ergibt sich daraus, ob die Anlage im Anhang zu 4. BImSchVO aufgeführt ist. Für nicht genehmigungsbedürftige Anlagen (= solche, die im Anhang zu 4. BImSchVO nicht auftauchen) gelten allein die §§ 22–25 BImSchG, für genehmigungsbedürftige Anlagen die §§ 4–21 BImSchG.

2. *Unterscheidung*: Unterliegt die genehmigungsbedürftige Anlage dem förmlichen oder dem einfachen Genehmigungsverfahren?

Das einfache Genehmigungsverfahren nach § 19 BImSchG gilt für die Anlagen, die in Spalte 2 der 4. BImSchVO genannt sind. Für die in Spalte 1 genannten Anlagen gilt das förmliche Genehmigungsverfahren nach § 10 BImSchG.

3. *Unterscheidung*: Muß für die dem förmlichen Genehmigungsverfahren unterliegende Anlage eine Umweltverträglichkeitsprüfung (UVP) durchgeführt werden?

Eine UVP ist dann durchzuführen, wenn die Anlage im Anhang zu Nummer 1 der Anlage zu § 3 UVPG enthalten ist.

III. Die Genehmigungsvoraussetzungen (§ 6 BImSchG)

1. Allgemeines

Nach § 6 BImSchG zerfällt die Prüfung der Genehmigungsfähigkeit einer Anlage in zwei Komplexe. Die Anlage muß zum einen mit den immissionsschutzrechtlichen Vorgaben vereinbar sein (§ 6 Nr. 1 BImSchG). Sie muß weiterhin mit dem gesamten übrigen Recht in Einklang stehen (§ 6 Nr. 2 BImSchG). Liegen diese Voraussetzungen vor, ist die Genehmigung für die Anlage zu erteilen (gebundener Verwaltungsakt).

Nicht ausdrücklich als Genehmigungsvoraussetzung aufgeführt ist die *Zuverlässigkeit des Anlagenbetreibers*. § 20 Abs. 3 BImSchG sieht lediglich die Möglichkeit einer nachträglichen Untersagungsverfügung als Ermessensentscheidung vor. Gleichwohl ist die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zu versagen, wenn der Betreiber oder der mit der Leitung des Betriebs Beauftragte unzuver-

lässig ist. Dies ergibt sich aus einem allgemeinen gewerberechtlichen Rechtsgrundsatz (vgl. auch JARASS § 6 Rdnr. 14, der bei Unzuverlässigkeit des Anlagenbetreibers diesem das Sachbescheidungsinteresse für seinen Antrag abspricht).

2. Das Schutzprinzip (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG)

§ 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG enthält das sog. Schutzprinzip. Es ist Ausdruck der gefahrenabwehrbezogenen Zielrichtung des Gesetzes. Die Auslegung der Vorschrift folgt aus dem zu § 3 Abs. 1 BImSchG Gesagten. Die in § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG genannten *sonstigen* Gefahren, erheblichen Nachteile und erheblichen Belästigungen haben i. d. R. keine besondere Relevanz.

Wichtig: § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG ist für die Nachbarn Schutznorm (§ 42 Abs. 2 VwGO).

3. Das Vorsorgeprinzip (§ 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG)

Fall 59

§ 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG enthält das sog. Vorsorgeprinzip. Das Vorsorgeprinzip dient der Schaffung genereller Sicherheitszonen unterhalb der Gefahrenschwelle (vor allem wegen möglicherweise noch nicht bekannten Ursachenzusammenhängen), sowie der Erhaltung von Freiräumen, etwa um die Ansiedlung anderer Industriebetriebe zu ermöglichen (ARNDT, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rdnr. 186). § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG ist *nicht drittschützend*. Die Pflicht zur Emissionsbegrenzung beschränkt sich vor allem nicht auf den nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG relevanten Einwirkungsbereich der Anlage (BVerwGE 69, 37/42). Der Vorsorgegrundsatz will gerade den mit einer weiträumigen Verteilung von Emissionen verbundenen Folgen entgegenwirken (BVerwG, aaO). Auch wenn entsprechende Ursachenzusammenhänge im einzelnen noch nicht nachweisbar sind, jedoch ein *Gefahrverdacht* dahingehend besteht, daß bestimmte Emissionen möglicherweise

zu schädlichen Umwelteinwirkungen führen, gilt das Vorsorgeprinzip des § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG (BVerwGE 69, 37/43).

4. Immissionsschutzrecht und Bauplanungsrecht

Fall 60

Sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften, die nach § 6 Nr. 2 BImSchG zu beachten sind, sind vor allem die Bestimmungen des Bauplanungsrechts. Dabei ist für den Klausuraufbau folgendes zu beachten: Das Bauplanungsrecht kann an zwei Stellen im Rahmen des § 6 BImSchG eine Rolle spielen:

- Das Bauplanungsrecht enthält ein wichtiges Indiz für die *Zumutbarkeit* von Immissionen. Dies ist ein Wertungsproblem, das entscheidend nach dem BauGB und der BauNVO zu lösen ist. Vor allem in sog. Gemengelagen fließt die Prüfung des Bauplanungsrechts unmittelbar in § 6 Nr. 1 i. V. m. § 5 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 3 Abs. 1 BImSchG ein.
- Das Bauplanungsrecht ist nach § 6 Nr. 2 BImSchG, § 29 S. 1 2. HS BauGB jedoch auch eigener Prüfungspunkt. Auch wenn Genehmigungsfähigkeit eines Vorhabens nach § 6 Nr. 1 BImSchG besteht (etwa bei einer Anlage auf der grünen Wiese ohne Nachbar), kann das Vorhaben doch an §§ 29ff. BauGB scheitern.

5. Bestandsschutz

Fall 61

Unter Umständen kann eine Genehmigung auch dann zu erteilen sein, wenn ein Vorhaben eigentlich nicht genehmigungsfähig ist. Dies kann aus verfassungsrechtlichen Bestandsschutzgründen folgen. Es geht dabei um die „Sicherung des durch Eigentumsausübung Geschaffenen“ (BVerwGE 50, 49/57). Der legal geschaffene „Bestand“ behauptet sich in seiner bisherigen Funktion und setzt sich gegen mittlerweile entgegenstehendes Gesetzesrecht durch

(BVerwGE 50, 49/57). Daraus folgt zunächst ein „passiver“ Bestandsschutz, also das Recht, daß einmal legal errichtete Gebäude bestehenbleiben und weiter genutzt werden dürfen. Darüber hinaus gibt es aber auch „aktiven“ Bestandsschutz (FRIAUF, WuV 1986, 87/89). Dieser gibt einen Anspruch auf die Genehmigung von notwendigen Modernisierungsmaßnahmen; er erlaubt jedoch keine „wesentlichen Veränderungen des Bestandes“ (BVerwGE 50, 49/59; die häufig getroffene Unterscheidung zwischen „einfachem“ und „überwirkendem“ Bestandsschutz hat keine qualitativen dogmatischen Konsequenzen).

IV. Das Genehmigungsverfahren

1. Das förmliche Genehmigungsverfahren

a) Der Ablauf des Genehmigungsverfahrens

Fall 62, Fall 63, Fall 64

Grundvorschrift für das Verfahren ist § 10 BImSchG. Dessen Regelungen werden ergänzt durch die 9. BImSchVO, die auf der Ermächtigungsgrundlage des § 10 Abs. 10 BImSchG beruht.

Die Einleitung des Verfahrens setzt einen schriftlichen Genehmigungsantrag voraus (§ 10 Abs. 1 S. 1 BImSchG, § 2 Abs. 1 9. BImSchVO). Zu beachten ist die Abweichung von § 64 VwVfG: Antragstellung zur Niederschrift bei der Behörde reicht nicht aus! Der Antrag muß vom Träger des Vorhabens gestellt werden (§ 2 Abs. 1 9. BImSchVO). Dies muß nicht unbedingt der spätere Betreiber sein. Als Antragsteller kann fungieren, wer ein berechtigtes Interesse an der Genehmigung nachweist (L/R-KUTSCHEIDT § 2 9. BImSchVO Rdnr. 1).

Die Entscheidung im förmlichen Genehmigungsverfahren ergeht aufgrund einer umfassenden Öffentlichkeitsbeteiligung. Das Vorhaben wird öffentlich bekanntgemacht, der Antrag und die Unterlagen werden öffentlich ausgelegt (zu den Einzelheiten siehe § 10

Abs. 3–5 BImSchG). Soweit die Antragsunterlagen Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse enthalten, müssen diese Unterlagen gekennzeichnet und getrennt vorgelegt werden (§ 10 Abs. 2 BImSchG). Es ist eine Inhaltsdarstellung zu verfassen, die statt der Unterlagen, die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse enthalten, ausgelegt wird (siehe auch § 10 Abs. 3 9. BImSchVO).

Soweit es sich um ein UVP-pflichtiges Vorhaben handelt, ist die Umweltverträglichkeitsprüfung unselbständiger Teil des Genehmigungsverfahrens (§ 1 Abs. 2 9. BImSchVO, § 2 Abs. 1 S. 1 UVPG). Über die Ergebnisse des UVP-Verfahrens ergeht also kein selbständiger Bescheid! Sie sind vielmehr bei der Genehmigungsentscheidung zu berücksichtigen. Ein besonderes Problem besteht darin, auf welche Weise die Ergebnisse einer UVP im Rahmen der Entscheidung über eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung berücksichtigt werden können, da es sich hierbei um eine gebundene Entscheidung (kein Ermessen, keine planerische Gestaltungsfreiheit) handelt. Die unbestimmten Rechtsbegriffe der §§ 5, 3 BImSchG („schädliche Umwelteinwirkungen“, „Gefahr“ etc.) bieten jedoch genügend Raum für Wertungen und Abwägungen, in die die Ergebnisse der UVP einfließen können (SOELL/DIRNBERGER, NVwZ 1990, 705/709).

Das Vorhaben wird nach § 10 Abs. 3 S. 1 BImSchG öffentlich bekanntgemacht. Die Antragsunterlagen werden einen Monat zur Einsicht bereitgehalten (§ 10 Abs. 3 S. 2 BImSchG). Zwischen Bekanntgabe und Beginn der Auslegungsfrist soll eine Woche liegen (§ 9 Abs. 2 9. BImSchVO, Berechnung nach § 31 Abs. 1 VwVfG, §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 1. Var. BGB. Beispiel: Bekanntmachung 7. 6., Ende der Wochenfrist mit Ablauf des 14. 6.). Die Berechnung der Auslegungsfrist erfolgt nach § 31 Abs. 1 VwVfG, §§ 187 Abs. 2, 188 Abs. 2 2. Var. BGB (Beispiel: Beginn der Frist 15. 6., Ende der Frist 14. 7.). Bis zwei Wochen nach Ablauf der Auslegungsfrist können Einwendungen gegen das Vorhaben erhoben werden (§ 10 Abs. 3 S. 2 2. HS BImSchG). Auch diese Frist berechnet sich nach § 31 Abs. 1 VwVfG, §§ 187 Abs. 2, 188 Abs. 2 2. Var. BGB (Beispiel: Fristbeginn Mittwoch, 15. 7., Fristende Dienstag, 28. 7.). Einwendungsbefugt ist *jedermann*. Es kommt also *nicht* auf die Möglichkeit einer eigenen Rechtsverletzung (§ 42 Abs. 2

VwGO) an. Der Ablauf der Frist führt zu einer *materiellrechtlichen Präklusion*. (§ 10 Abs. 3 S. 3 BImSchG). Widerspruch und Klage aufgrund ausgeschlossener Einwendungen sind nicht mehr möglich. Es fehlt an der Möglichkeit eigener Rechtsverletzung nach § 42 Abs. 2 VwGO (nach a. A. führt die Präklusion zur Unbegründetheit einer Klage, so BVerwGE 66, 99/106. Ein echter Meinungsstreit verbirgt sich hierhinter nicht. § 42 Abs. 2 VwGO bildet ein vorgezogenes Element der Begründetheitsprüfung. Je nachdem, ob es denkbar erscheint, daß die Präklusion nicht alle Einwendungen erfaßt, kommt man zur Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Klage.) Der Einwendungsausschluß gilt nicht für Einwendungen, die auf besonderen privatrechtlichen Titeln beruhen. Besondere privatrechtliche Titel sind etwa *privatrechtliche Verträge* mit dem Anlagenbetreiber, oder *besondere dingliche Rechte am Grundstück* wie Nießbrauch, Grunddienstbarkeit, Eigentum etc. (SELLNER, Rdnr. 160). Solche Rechte sind jedoch ohnehin im ordentlichen Rechtsweg geltend zu machen und im Einwendungsverfahren nicht zu behandeln (§ 15 9. BImSchVO).

b) Drittschutz und Verfahren

Fall 65, Fall 66

Die Bestimmungen des § 10 BImSchG über den Ablauf des Verfahrens bei förmlichen Genehmigungen enthalten nicht nur rein objektives Recht. Gerade die Vorschriften über die Öffentlichkeitsbeteiligung (§ 10 Abs. 2–4 BImSchG) dienen dem Schutz der Rechte potentiell betroffener Dritter (SELLNER, Rdnr. 380). Die Anfechtung einer Genehmigung kann deshalb grundsätzlich auch darauf gestützt werden, daß die Verfahrensbestimmungen des § 10 BImSchG nicht eingehalten worden sind. Dabei ist jedoch zu beachten, daß das Verfahrensrecht kein Selbstzweck ist. Es hat gegenüber dem materiellen Recht dienende Funktion (SELLNER, Rdnr. 380). Hieraus ergibt sich für die Behandlung von Drittbetroffenenklagen, die auf Verfahrensverstöße gestützt werden (siehe zum Folgenden SELLNER, Rdnr. 381):

– Zunächst ist festzustellen, ob die als verletzt gerügte Verfahrens-

vorschrift dem Drittschutz dient oder reine Ordnungsfunktion hat.

- Der Kläger muß weiterhin darlegen, inwieweit sich die Einhaltung der Verfahrensvorschrift auf seine Rechte ausgewirkt haben könnte (BVerwG, NJW 1987, 1154/1155).
- Der Kläger kann nur eigene Rechte, nicht die Wahrung von Belangen Dritter rügen.

Selbst wenn die Klage hiernach unter dem Gesichtspunkt der Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) zulässig ist, ist für die weitere Begründetheitsprüfung zu beachten:

- Da die immissionsschutzrechtliche Genehmigung aufgrund einer gebundenen Entscheidung ergeht, kann der Fehler auch nach § 46 VwVfG unbeachtlich sein.

c) Der Anspruch Dritter auf das „richtige“ Verfahren

Streng zu unterscheiden von der Frage, inwieweit hinsichtlich der Verletzung von Verfahrensvorschriften Drittrechte betroffen sein können, ist das Problem, ob Dritte einen Anspruch auf Durchführung des „richtigen“ Verwaltungsverfahrens haben. Gerade im Immissionsschutzrecht ist es leicht denkbar, daß nicht das Verfahren durchgeführt wird, welches nach Auffassung von Drittbetroffenen durchzuführen war (z. B. einfaches Genehmigungsverfahren statt förmlichen Genehmigungsverfahren, Änderungsgenehmigung statt Vollgenehmigung). Das BVerwG erkennt einen Anspruch auf die Durchführung des richtigen Verwaltungsverfahrens bisher nur für zwei Fälle *außerhalb* des Immissionsschutzrechts an, nämlich für das Atomrecht (BVerwG, DVBl. 1990, 593/594 m. w. Nachw.) und zugunsten der Gemeinden in luftverkehrsrechtlichen Planfeststellungsverfahren (BVerwG, DVBl. 1989, 363 ff.). Für das Immissionsschutzrecht gilt hingegen, daß es keinen Anspruch Dritter auf die Durchführung des richtigen Verfahrens gibt. Für betroffene Dritte kommt es deshalb allein auf das *materielle Recht* an. Sie können eine im „falschen“ Verfahren erteilte Genehmigung dann anfechten, wenn sie durch die Genehmigung in ihren subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt sind, es also zu Gefahren, erheblichen

Nachteilen oder erheblichen Belästigungen kommt. Sie können sich weiterhin auch an die Zivilgerichte wenden, wenn etwa die Präklusionswirkung des § 14 S. 1 BImSchG mangels Durchführung eines förmlichen Genehmigungsverfahrens nicht eintritt. Bei nicht genehmigten Vorhaben können sie im Wege der Verpflichtungs- oder Bescheidungsklage gegen die Behörde vorgehen. Allein die Unterlassung der Durchführung des richtigen Verfahrens begründet für die Dritten jedoch keine Rechtsposition (siehe auch PIETZCKER, JZ 1992, 670f.; kritisch zur Rechtsprechung des BVerwG VON DANWITZ, DVBl. 1993, 422 ff.).

2. Das gestufte Genehmigungsverfahren

a) Genehmigungstypen im BImSchG

Das BImSchG unterscheidet verschiedene Genehmigungstypen:

- Vollgenehmigung (§ 4 BImSchG)
- Teilgenehmigung (§ 8 BImSchG)
- Vorbescheid (§ 9 BImSchG)
- Änderungsgenehmigung (§ 15 BImSchG)
- die Zulassung des vorzeitigen Beginns (§ 15 a BImSchG).

Die Regelungen über die Teilgenehmigung (§ 8 BImSchG) und den Vorbescheid (§ 9 BImSchG) dienen der Beschleunigung des Genehmigungsverfahrens durch eine *Stufung des Verfahrens*. Abwehransprüche der Nachbarn müssen bereits gegen die Teilgenehmigung oder den Vorbescheid geltend gemacht werden (§ 11 BImSchG). Auch die Genehmigungsbehörde wird in bestimmtem Umfang für die endgültige Entscheidung gebunden. Der Vorbescheid und die Teilgenehmigung ergehen aufgrund eines vorläufigen positiven Gesamturteils. Auf diese Weise erhält der Anlagenbetreiber *Planungssicherheit*. Durch eine solche Verfahrensstufung kann vermieden werden, daß Investitionen getätigt werden, die sich später als nutzlos erweisen.

Hingegen dient die Zulassung des vorzeitigen Beginns nach § 15 a BImSchG dazu, es dem Betreiber zu ermöglichen, auf eigenes Risi-

ko schon vor Genehmigungserteilung mit der Errichtung der Anlage zu beginnen. Mit einer Zulassung nach § 15 a BImSchG wird die Entscheidung über die Zulassung des Vorhabens in keiner Weise vorweggenommen. Die Zulassung setzt zwar die Prognose voraus, daß mit einer Entscheidung zugunsten des Trägers des Vorhabens gerechnet werden kann (§ 15 a Abs. 1 Nr. 1 BImSchG). Dies ist jedoch eine reine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung und nicht Gegenstand der Regelungswirkung des Verwaltungsaktes (BVerwG, NVwZ 1991, 994 ff.).

b) Die Teilgenehmigung (§ 8 BImSchG)

Fall 67

Die Teilgenehmigung (§ 8 BImSchG) ist eine Genehmigung mit beschränktem Inhalt. Sie *stellt* die Zulässigkeit des genehmigten Teilvorhabens *fest*. Sie hat darüber hinaus aber auch *Gestattungswirkung*, d. h., daß das, was genehmigt worden ist, auch ausgeführt werden darf. Was in der Teilgenehmigung genehmigt worden ist, steht im späteren Verfahren nicht mehr zur Überprüfung an, und zwar ohne Rücksicht auf eine nachträgliche Änderung der Sach- oder Rechtslage. Die Bindungswirkung der Entscheidung kann nur durch eine nachträgliche Anordnung (§ 17 BImSchG) modifiziert oder durch Widerruf (§ 21 BImSchG) oder Rücknahme (§ 48 VwVfG) der Teilgenehmigung aufgehoben werden (OVG Lüneburg, NVwZ 1987, 342 ff.).

Die Teilgenehmigung ergeht aufgrund eines vorläufigen positiven Gesamturteils (§ 8 S. 1 Nr. 3 BImSchG: „wenn eine vorläufige Prüfung ergibt, daß der Errichtung und dem Betrieb der gesamten Anlage keine von vornherein unüberwindlichen Hindernisse ... entgegenstehen“). Dieses vorläufige positive Gesamturteil ist Bestandteil der Regelungswirkung des Verwaltungsaktes und hat ebenfalls *Bindungswirkung* für das weitere Verfahren. Diese Bindungswirkung ist jedoch beschränkt. Sie steht unter dem Vorbehalt der noch ausstehenden Detailprüfung sowie gleichbleibender Sach- und Rechtslage (SELLNER Rdnr. 277 f.). Nur soweit sich keine neuen Tatsachen ergeben und sich die Rechtslage nicht ändert, ist die

Genehmigungsbehörde an die ursprüngliche positive Bewertung gebunden. Die Beantwortung der Frage, wie weit diese Bindung im Einzelfall geht, muß an eine interessengerechte Risikoverteilung zwischen Behörde und Vorhabenträger anknüpfen. Die Behörde trägt die Verantwortung dafür, daß sich aufgrund der ihr bekannten Tatsachen ein vorläufiges positives Gesamturteil ergibt. Erweist sich die Prognose als unrichtig, ist die Behörde darauf verwiesen, die Genehmigung nach § 21 BImSchG zu widerrufen (was zu einer Entschädigungspflicht nach § 21 Abs. 4 BImSchG führt) oder, wenn die Prognose unrichtig erstellt und damit rechtswidrig war, nach § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG zurückzunehmen (Entschädigungspflicht nach § 48 Abs. 3 VwVfG). Ergeben sich hingegen im weiteren Verfahren neue Aspekte, mit denen die Behörde nicht zu rechnen brauchte, kann sie zu einer ablehnenden Entscheidung hinsichtlich der Gesamtgenehmigung kommen.

Die Erteilung einer Teilgenehmigung setzt ein berechtigtes Interesse voraus (§ 8 S. 1 Nr. 1 BImSchG) und steht im *Ermessen* der Genehmigungsbehörde. Die Behörde kann deshalb das Risiko, das sie mit der Annahme eines vorläufigen positiven Gesamturteils eingeht, in gewissem Rahmen selbst steuern, indem sie die Erteilung einer Teilgenehmigung ablehnt. Das Verfahren entspricht im übrigen dem bei der Prüfung einer Vollgenehmigung.

c) Der Vorbescheid (§ 9 BImSchG)

Fall 68, Fall 69

Der Vorbescheid (§ 9 BImSchG) hat nur Feststellungs-, anders als die Teilgenehmigung jedoch keine Gestattungswirkung. Anders als im Baurecht setzt im Immissionsschutzrecht die Erteilung eines Vorbescheides voraus, daß ein vorläufiges positives Gesamturteil möglich ist (vgl. den Text des § 9 BImSchG, SELLNER, Rdnr. 268; L/R-KUTSCHEIDT § 9 Rdnr. 14). Das vorläufige positive Gesamturteil wird wie bei der Teilgenehmigung Bestandteil der Regelungswirkung des Verwaltungsaktes und bindet deshalb die Behörde für das weitere Verfahren.

Auch die Erteilung eines Vorbescheides steht im Ermessen der

Behörde (anders als im Baurecht!). Für seine Erteilung ist das gleiche Verfahren durchzuführen wie bei der Vollgenehmigung (§ 10 Abs. 9 BImSchG). Handelt es sich bei der geplanten Anlage um ein Vorhaben, das nur dem einfachen Genehmigungsverfahren nach § 19 BImSchG unterliegt, ist auch im Vorbescheidsverfahren nur ein einfaches Genehmigungsverfahren durchzuführen.

3. Das einfache Genehmigungsverfahren (§ 19 BImSchG)

Dem einfachen Genehmigungsverfahren (§ 19 BImSchG) unterliegen solche Anlagen, die in der Spalte 2 der 4. BImSchVO aufgeführt sind (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 BImSchVO). Die wesentliche Vereinfachung gegenüber dem förmlichen Genehmigungsverfahren besteht darin, daß es nicht zu einer Öffentlichkeitsbeteiligung kommt (siehe § 19 Abs. 2 BImSchG). Die Beteiligung Dritter am Verfahren richtet sich deshalb nach den allgemeinen Bestimmungen des VwVfG (§§ 13 Abs. 2, 28 VwVfG, siehe SELLNER, Rdnr. 311). Folge der fehlenden Öffentlichkeitsbeteiligung ist, daß der Träger des Vorhabens nicht in den Genuß der für das förmliche Verfahren in §§ 10 Abs. 3 S. 4, 14 BImSchG vorgesehenen Präklusionswirkungen kommt.

V. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung

1. Gestattungswirkung

Die immissionsschutzrechtliche Vollgenehmigung gestattet die Errichtung und den Betrieb der Anlage.

2. Konzentrationswirkung

Fall 70, Fall 71

Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung (sowohl die förmliche als auch die im einfachen Verfahren erteilte) schließt nach § 13 BImSchG andere öffentlich-rechtliche Genehmigungen ein (zu den Ausnahmen siehe § 13 BImSchG). Vor allem bedarf es neben der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung keiner Baugenehmigung. Wegen §§ 6 Nr. 2 BImSchG, 29 S. 1 2. HS BauGB sind die Vorschriften der §§ 30–37 BauGB gleichwohl zu beachten. Ist die Anlage baurechtswidrig, ist sie nicht genehmigungsfähig (§ 6 Nr. 2 BImSchG).

Nicht umfaßt von der Konzentrationswirkung wird das nach § 36 Abs. 1 S. 2 BauGB auch im immissionsschutzrechtlichen Verfahren erforderliche Einvernehmen der Gemeinde (BayVGH, NVwZ-RR 1991, 523; a. A. VGH Kassel, NVwZ-RR 1990, 346). Ohne Vorliegen des Einvernehmens darf auch die immissionsschutzrechtliche Genehmigung nicht erteilt werden. Dies folgt aus dem besonderen Schutz, den § 36 BauGB zugunsten der gemeindlichen Planungshoheit vorsieht. Verweigert die Gemeinde rechtswidrig ihr Einvernehmen, muß es vor Erteilung der Genehmigung rechtsaufsichtlich ersetzt werden. Greift die Rechtsaufsichtsbehörde nicht ein, muß der Antragsteller Klage gegen die Immissionsschutzbehörde auf Erteilung der Genehmigung erheben. Die Gemeinde wird nach § 65 Abs. 2 VwGO notwendig beigeladen. Das Gericht kann die Behörde zur Erteilung der Genehmigung verpflichten, auch wenn die Gemeinde das Einvernehmen nicht erteilt hat.

3. Präklusionswirkung (§ 14 BImSchG)

Fall 72, Fall 73, Fall 74

Die bestandskräftige Genehmigung, die im förmlichen Verfahren erteilt worden ist, schließt nach § 14 S. 1 1. HS BImSchG privatrechtliche Ansprüche gegen die Anlage aus, soweit sie nicht auf besonderen privatrechtlichen Titeln beruhen. Betroffen von diesem

Ausschluß sind vor allem nachbarrechtliche Ansprüche aus §§ 823 ff., 903 ff., 1004 BGB. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung hat also privatrechtsgestaltende Wirkung.

Soweit ein solcher allgemeiner privatrechtlicher Einstellungsanspruch ohne die Präklusionswirkung nach § 14 S. 1 1. HS BImSchG bestände, tritt an die Stelle des ausgeschlossenen zivilrechtlichen Anspruchs der ebenfalls vor den Zivilgerichten geltend zu machende Anspruch auf Schutzvorkehrungen (§ 14 S. 1 2. HS) oder der Anspruch auf Schadensersatz (§ 14 S. 2 BImSchG).

Merke: Die Sekundäransprüche des § 14 BImSchG setzen voraus, daß ohne Präklusionswirkung ein zivilrechtlicher Unterlassungs- bzw. Verbotungsanspruch bestände!

Noch nicht abschließend geklärt ist das Verhältnis zwischen der Präklusionswirkung nach § 10 Abs. 3 S. 4 BImSchG, die nicht nur, aber auch allgemeine privatrechtliche Ansprüche erfaßt, und der Präklusionswirkung nach § 14 BImSchG. Da § 10 Abs. 3 S. 4 BImSchG eine materiellrechtliche Präklusionsvorschrift enthält, braucht § 14 BImSchG die bereits präkludierten Ansprüche nicht noch einmal zu präkludieren. Deshalb können aus bereits im Verwaltungsverfahren präkludierten Ansprüchen auch keine Sekundäransprüche nach § 14 S. 1 2. HS, S. 2 BImSchG hergeleitet werden, denn sie sind das Surrogat für den Verlust des Verbotungsrechts nach § 14 S. 1 BImSchG (a. A. etwa L/R-REHBINDER, § 14 Rdnr. 40 m. w. Nachw.).

4. Nebenbestimmungen (§ 12 BImSchG)

Fall 75

§ 12 Abs. 1 BImSchG regelt die Zulässigkeit von Auflagen und Bedingungen zur Genehmigung. Es gelten die Grundsätze des Allgemeinen Verwaltungsrechts.

Beispiel für eine Bedingung: Die Inbetriebnahme der Anlage darf erst erfolgen, wenn eine andere Anlage des Antragstellers stillgelegt worden ist (SELLNER, Rdnr. 226).

Beispiel für eine Auflage: Der Betreiber wird verpflichtet, die Anla-

alle drei Monate von einem öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen überprüfen zu lassen.

Große Probleme bereitet Rechtsprechung und Wissenschaft die Figur der sog. modifizierenden Auflage. Dazu ist folgendes zu beachten:

- Allein die Abweichung der Genehmigung vom Antrag führt nicht zum Vorliegen einer modifizierenden Auflage. Auch die modifizierende Auflage hat eine modifizierte Gewährung als Ausgangspunkt. Enthält deshalb ein Genehmigungsbescheid den Passus, daß für den Betrieb einer Anlage nur schwefelarmes Heizöl verwendet werden darf, betreibt der Betreiber die Anlage aber gleichwohl mit schwefelhaltigem Heizöl, kommt es nicht darauf an, ob die Beschränkung auf schwefelarmes Heizöl Auflagencharakter hat oder nicht (gegen die Einordnung als modifizierende Auflage BVerwGE 69, 37 ff.). Jedenfalls liegt bei Verwendung von schwefelhaltigem Heizöl ein Betrieb *ohne* Genehmigung und nicht entgegen einer Auflage vor (wichtig für § 20 Abs. 1 und Abs. 2 BImSchG!).
- Eine modifizierende Auflage soll vielmehr mit der normalen Auflage gemeinsam haben, daß sie *zwingenden Charakter* hat (WEYREUTHER, DVBl. 1984, 365/366). Der Genehmigungsempfänger kann also wie bei der normalen Auflage gegebenenfalls auch im Wege des Verwaltungszwanges gezwungen werden, sich an die „Auflage“ zu halten. Der Unterschied zwischen einfacher und modifizierender Auflage soll vor allem darin liegen, daß die richtige Klageart gegen die „normale“ Auflage die Anfechtungs- und gegen die modifizierende Auflage die Verpflichtungsklage ist. Dies hat die modifizierende Auflage mit der schlichten modifizierten Genehmigung oder einer Teilablehnung gemein. Daher kommt es in vielen Fällen auf die Unterscheidung von Teilablehnung, modifizierter Genehmigung und modifizierender Auflage nicht an. Klageart gegen die Abweichung vom Antrag ist die Verpflichtungsklage. Die Klage ist begründet, wenn der Antragsteller einen Anspruch auf die Genehmigung in der beantragten Form hat.
- Selbst dieser Rest an Klarheit wird vom BVerwG jedoch wieder in Frage gestellt. Für die Entscheidung über die richtige Klageart

soll es darauf ankommen, ob der nach isolierter Anfechtung verbleibende Rest der Genehmigung ohne Änderung ihres Inhalts sinnvoller- und rechtmäßigerweise bestehen bleiben kann (BVerwG, NVwZ 1984, 366/366). Nur dann komme eine Aufhebung des beschränkenden Teils in Betracht. Damit verlagert man die Entscheidung über den richtigen Klageantrag letztlich in die Begründetheitsprüfung. Man wird einem Kläger auf der Grundlage dieser Rechtsprechung deshalb letztlich empfehlen müssen, stets eine Anfechtungsklage zu erheben. Sie ist begründet, wenn eine Teilung nicht in Betracht kommt. Die Gefahr, daß bei Erhebung einer Anfechtungsklage auch der begünstigende Teil mit aufgehoben wird, besteht nicht. Das Gericht ist nach § 88 VwGO an den Klageantrag gebunden. Ist nur die Anfechtung der „Auflage“ beantragt, kann das Gericht entweder diesem Antrag entsprechen oder die Klage abweisen.

Fazit: Eine Ideallösung für den Umgang mit „modifizierenden“ Auflagen und verwandten Erscheinungen gibt es nicht. In Klausuren und Hausarbeiten muß ein vertretbarer, nicht „der“ richtige Weg verfolgt werden.

5. Die Abänderungsgenehmigung (§ 15 BImSchG)

Wesentliche Änderungen einer genehmigungsbedürftigen Anlage sind ebenfalls genehmigungspflichtig (§ 15 Abs. 1 BImSchG). Eine *wesentliche* Änderung liegt dann vor, wenn sich die Änderung *möglicherweise* auf die Erfüllung der Grundpflichten nach § 5 BImSchG auswirkt. Es kommt nicht darauf an, ob im konkreten Fall die Schutzgüter des Bundesimmissionsschutzgesetzes tatsächlich beeinträchtigt werden. Dies kann nur zu einem Absehen von der Öffentlichkeitsbeteiligung nach § 15 Abs. 2 BImSchG führen. Eine wesentliche Änderung, die nach § 15 BImSchG genehmigungspflichtig ist, kann deshalb auch dann vorliegen, wenn im Einzelfall das Umweltschutzniveau der Anlage verbessert wird (BVerwGE 69, 351/358).

6. Erlöschen der Genehmigung (§ 18 BImSchG)

Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung erlischt, wenn nicht innerhalb einer von der Behörde gesetzten angemessenen Frist mit der Errichtung oder dem Betrieb der Anlage begonnen wird (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG), wenn die Anlage während eines Zeitraums von mehr als drei Jahren nicht mehr betrieben wird (§ 18 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG) oder wenn das Genehmigungserfordernis aufgehoben wird (§ 18 Abs. 2 BImSchG). Weiterhin erlischt die immissionsschutzrechtliche Genehmigung auch dann, wenn der Inhaber der Genehmigung auf sie *verzichtet* (BVerwGE 84, 209 ff.). Ist eine Genehmigung erloschen, kann sie nicht mehr aufgehoben (zurückgenommen oder widerrufen) werden. Ein eventuell anhängiger Rechtsstreit gegen die Erteilung der Genehmigung ist mit ihrem Erlöschen erledigt.

VI. Nachträgliche Entscheidungen

1. Nachträgliche Anordnungen (§ 17 BImSchG)

Fall 76, Fall 77

§ 17 BImSchG sieht die Möglichkeit vor, im Hinblick auf eine genehmigte Anlage nachträgliche Anordnungen zu erlassen. Dies trägt dem Umstand Rechnung, daß die genehmigungsrelevanten Betreiberpflichten *Dauerpflichten* sind, die sich zudem mit wechselnden Umweltbedingungen und fortschreitenden technischen Standards sowie neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen verändern können (KLOEPFER, § 7 Rdnr. 93).

Eine nachträgliche Anordnung nach § 17 BImSchG muß den Bestand der Genehmigung unberührt lassen. Es kann deshalb nicht die Stilllegung oder Teilstillegung einer Anlage verfügt werden. Hierzu muß die Genehmigung nach § 21 BImSchG ganz oder teilweise widerrufen werden (OVG Münster, NVwZ 1988, 173 ff.), was nach § 21 Abs. 4 BImSchG unter Umständen zur Entschädigung verpflichtet.

Der Erlaß einer nachträglichen Anordnungen liegt grundsätzlich im Ermessen der Behörde (§ 17 Abs. 1 S. 1 BImSchG). Die nachträgliche Anordnung *soll* (= *muß*, außer in atypischen Fällen) getroffen werden, wenn sich herausstellt, daß die Nachbarschaft oder die Allgemeinheit nicht hinreichend vor schädlichen Umwelteinwirkungen etc. geschützt sind.

Nachträgliche Anordnungen nach § 17 BImSchG ergehen unmittelbar aufgrund Gesetzes. Der Genehmigung braucht also bei Erlaß kein Auflagenvorbehalt beigefügt werden. Die Zulässigkeit ihres Erlasses wird durch § 17 Abs. 2 BImSchG begrenzt. Danach darf die nachträgliche Anordnung nicht ergehen, wenn sie unverhältnismäßig ist (was eigentlich eine Selbstverständlichkeit ist, siehe KLOEPFER, § 7 Rdnr. 96). Kommt eine nachträgliche Anordnung nicht in Betracht, soll die Genehmigung widerrufen werden. Dies ist i. d. R. mit dem Übermaßverbot deshalb eher in Einklang zu bringen als eine nachträgliche Anordnung, weil nach § 17 Abs. 2 S. 2 2. HS i. V. m. § 21 Abs. 4 BImSchG der Betroffene zu entschädigen ist.

2. Untersagung, Stilllegung, Beseitigung (§ 20 BImSchG)

Fall 78, Fall 79, Fall 80

Liegt die Genehmigung für eine Anlage vor, kommt der Betreiber aber seinen anlagenbezogenen Pflichten nicht nach, kann der Betrieb der Anlage bis zur Erfüllung der Pflicht untersagt werden (§ 20 Abs. 1 BImSchG). Die Untersagung kann also nur *befristet* erfolgen (SELLNER, Rdnr. 475). Sie dient allein der Herbeiführung rechtmäßiger Zustände.

Wird hingegen eine Anlage ohne die erforderliche Genehmigung betrieben, soll die Anlage nach § 20 Abs. 2 S. 1 BImSchG stillgelegt oder beseitigt werden. Voraussetzung sowohl für die Stilllegung als auch die Beseitigung ist nach h. M. *allein die formelle Illegalität der Anlage* (anders als im Baurecht, wo für eine Beseitigung stets auch die materielle Illegalität erforderlich ist). Die Verfügung nach § 20 Abs. 2 BImSchG muß allerdings mit dem Übermaßverbot vereinbar sein. Deshalb ist eine Beseitigungsanordnung jedenfalls dann rechts-

widrig, wenn das Genehmigungsverfahren eingeleitet ist und mit einer baldigen Genehmigung zu rechnen ist (SELLNER, Rdnr. 488). Auch dann, wenn die Behörde begründeten Anlaß für die Vermutung hat, daß die Anlage nur formell rechtswidrig ist, kommt als milderer Mittel die Maßnahme in Betracht, dem Betreiber aufzugeben, alsbald einen Genehmigungsantrag zu stellen. Zu umfangreichen Ermittlungen ist die Behörde aber nicht verpflichtet. Zweifel gehen zu Lasten des Betreibers der ungenehmigten Anlage (BVerwG, GewArch 1990, 293/296).

Unter den Voraussetzungen des § 20 Abs. 2 S. 2 BImSchG ist die Behörde zur Stilllegung und Beseitigung verpflichtet. Die Vorschrift ist für die Nachbarschaft drittschützend!

Für § 20 Abs. 2 BImSchG kommt es im übrigen alleine darauf an, ob die erforderliche Genehmigung erteilt ist. Irrelevant ist hingegen, ob die Genehmigung – etwa wegen Nachbarwiderspruchs – auch vollziehbar ist. Der Schutz der Nachbarn gegen die Ausnutzung einer noch nicht bestandskräftigen Genehmigung vollzieht sich über § 80a Abs. 1 Nr. 2 2. Var., Abs. 3 VwGO (BVerwGE 89, 357/361).

§ 20 Abs. 3 BImSchG enthält schließlich eine Bestimmung zur Betriebsuntersagung bei Unzuverlässigkeit des Betreibers oder Betriebsleiters. *Wichtig ist, daß die Unzuverlässigkeit in der Nichteinhaltung immissionsschutzrechtlicher Pflichten liegen muß.* Die notwendigen Informationen über die innerbetrieblichen Zuständigkeiten erhält die Behörde über die Mitteilung nach § 52a BImSchG. § 52a Abs. 1 BImSchG betrifft Kapital- und Personenhandelsgesellschaften mit mehreren vertretungsbefugten Organmitgliedern oder Gesellschaftern. Der Behörde ist mitzuteilen, wer von ihnen die „Pflichten des Betreibers“ wahrnimmt. Nach § 52a Abs. 2 BImSchG ist mitzuteilen, auf welche Weise sichergestellt ist, daß die immissionsrechtlichen Anforderungen eingehalten werden. Im Vollzug dieser Pflicht übermitteln die Behörden i. d. R. Organisationspläne und geben auch die jeweiligen Betriebsleiter namentlich bekannt. § 52a BImSchG enthält jedoch keine Rechtsgrundlage für behördliche Forderungen, den Betrieb in bestimmter Weise zu organisieren. Sie legt den Betreibern lediglich Mitteilungspflichten auf (ausführlich MANSSEN, GewArch 1993, 280ff.).

3. Widerruf der Genehmigung nach § 21 BImSchG

a) Die einzelnen Widerrufsgründe

Fall 81, Fall 82

§ 21 BImSchG regelt den Widerruf rechtmäßiger Genehmigungen. Er macht einen Rückgriff auf § 49 VwVfG überflüssig. Genau wie bei § 49 VwVfG ist die Rechtmäßigkeit jedoch kein Tatbestandsmerkmal. Auch eine *rechtswidrige* Genehmigung kann nach § 21 BImSchG widerrufen werden (arg. de maiore ad minorem).

Keine besonderen Probleme bereitet der Widerruf einer Genehmigung nach § 21 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG.

§ 21 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG regelt den Widerruf bei Nichterfüllung einer Auflage. Dies dürfte jedoch nur als ultima ratio in Betracht kommen. Unter Umständen vorrangig sind jedoch die Durchsetzung der Auflage nach dem Vollstreckungsrecht und die Betriebsuntersagung nach § 20 Abs. 1 BImSchG bis zur Erfüllung der Auflage (siehe SELLNER, Rdnr. 507).

Bei der nachträglichen Änderung *tatsächlicher Verhältnisse* (beispielsweise in der Umgebung der Anlage) kommt ein Widerruf nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG in Betracht. Die immissionschutzrechtliche Genehmigung ist also kein Dauerverwaltungsakt, der rechtswidrig wird, wenn sich die tatsächlichen Verhältnisse ändern. Nachträglich eingetreten sind solche Tatsachen, die nach der Genehmigungserteilung entstanden sind. Eine nachträglich eingetretene Tatsache ist unter Umständen auch ein Erkenntnisfortschritt im Hinblick auf die naturwissenschaftliche Beurteilung von Immissionen (BVerwG, NVwZ 1988, 824 ff.; ZITZELBERGER, GewArch 1990, 271/271). Es muß sich jedoch um allgemein neue und nicht nur für die Genehmigungsbehörde neue Erkenntnisse handeln (L/R-HANSMANN, § 21 Rdnr. 33). § 21 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG setzt weiterhin eine Gefährdung des öffentlichen Interesses voraus, wenn der Widerruf unterbliebe. Dieses Merkmal ist grundsätzlich *weit auszulegen*. Es genügt eine konkrete Gefährdung der Nachbarschaft oder der Allgemeinheit (L/R-HANSMANN, § 21 Rdnr. 35).

Bei einer Änderung von Rechtsvorschriften ist zunächst zu prüfen, ob das neue Gesetz bereits erteilte Genehmigungen rückwirkend erfaßt. In solchen Fällen „wird“ die Genehmigung rechtswidrig und kann nach § 48 VwVfG zurückgenommen werden. In der Regel ist dies jedoch nicht der Fall. Dann kommt nur ein Widerruf der Genehmigung in Betracht, und zwar dann, wenn der Betreiber von der Genehmigung noch keinen Gebrauch gemacht hat und ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet ist (§ 21 Abs. 1 Nr. 4 BImSchG). Das ist jedoch nur dann möglich, wenn von der Genehmigung noch kein Gebrauch gemacht wurde. Ein Gebrauchmachen liegt aber bereits dann vor, wenn eine Handlung vorgenommen wird, die ohne behördliche Gestattung nicht durchgeführt werden darf.

Einen Auffangtatbestand für den Widerruf enthält § 21 Abs. 1 Nr. 5 BImSchG. Wichtig ist diese Variante vor allem für die Fälle, in denen eine Rechtsänderung nach Gebrauchmachen von der Genehmigung eingetreten ist (L/R-HANSMANN, § 21 Rdnr. 43). Voraussetzung für den Widerruf ist ein schwerer Nachteil für das Gemeinwohl. Obwohl ein „Nachteil“ vorliegt, ist nach der in § 1 BImSchG niedergelegten Zielsetzung des Bundesimmissionschutzgesetzes zu bestimmen. Mindestvoraussetzung ist, daß die Behörde berechtigt wäre, die Genehmigung nicht mehr zu erteilen. Ein „schwerer“ Nachteil wird i. d. R. aber nur dann anzunehmen sein, wenn die *Gefahrschwelle überschritten ist*.

b) Der teilweise Widerruf einer Genehmigung

§ 21 BImSchG läßt auch den *teilweisen* Widerruf einer Genehmigung zu. Damit kommt es zu erheblichen Abgrenzungsproblemen im Hinblick auf die Befugnisnorm des § 17 BImSchG.

- Die Eingriffsvoraussetzungen sind bei § 17 und § 21 BImSchG weitgehend ähnlich.
- Wesentliche Unterschiede zeigen sich aber im *Entscheidungsinhalt*. Sollen vom Anlagenbetreiber Maßnahmen verlangt werden, die nach § 12 Abs. 1 BImSchG Gegenstand einer selbstständigen Auflage (im eigentlichen Sinne, also isoliert anfechtbar) hätten

sein können, ist § 17 BImSchG die richtige Rechtsgrundlage. Wird hingegen der Genehmigungsbescheid inhaltlich beschränkt (= im Falle der ursprünglichen Verbindung mit dem Genehmigungsbescheid hätte eine modifizierende Auflage oder eine Teilablehnung vorgelegen), ist § 21 BImSchG einschlägig (L/R-HANSMANN, § 21 Rdnr. 13).

Die richtige Einordnung in die Tatbestände von § 17 und § 21 BImSchG ist wichtig für die richtige Befugnisnorm bei Verstößen. Ein Verstoß gegen § 17 BImSchG ermöglicht die Untersagung des weiteren Betriebs nach § 20 Abs. 1 BImSchG. § 20 Abs. 1 BImSchG enthält eine *Ermessensentscheidung*. Hingegen führt der Betrieb entgegen einem Teilwiderruf zur Bestimmung des § 20 Abs. 2 BImSchG. Das ist eine Sollbestimmung (= muß, außer in atypischen Fällen).

c) Das Verhältnis von § 21 BImSchG zum Polizei- und Ordnungsrecht

Noch nicht abschließend erklärt ist das Verhältnis zwischen §§ 17, 20, 21 BImSchG auf der einen und dem Polizei- und Ordnungsrecht auf der anderen Seite. Grundsätzlich sind die Befugnisnormen des Bundesimmissionsschutzgesetzes gegenüber dem Sicherheitsrecht verdrängende Spezialvorschriften. Ein Rückgriff auf das allgemeine Sicherheitsrecht kommt jedoch in Eil- oder Notfällen in Betracht, soweit das Bundesimmissionsschutzgesetz keine ausreichende Rechtsgrundlage bereithält. So kann aufgrund des Bundesimmissionsschutzgesetzes nicht das kurzzeitige oder vorläufige Abschalten einer Anlage aufgrund eines „Gefahrverdachts“ angeordnet werden. Für solche „Sofortmaßnahmen“ kommt ein Rückgriff auf das Sicherheitsrecht in Betracht (BVerwGE 55, 118/123). Grundsätzlich hat die immissionsschutzrechtliche Genehmigung jedoch Legalisierungswirkung, die nicht unter Rückgriff auf das Polizei- und Ordnungsrecht überspielt werden darf (siehe BVerwGE 55, 117/123 mit im einzelnen nicht sehr klarer Begründung).

VII. Nicht genehmigungsbedürftige Anlagen

1. Allgemeines

Fall 83, Fall 84

Genehmigungsfrei sind die Anlagen (§ 3 Abs. 5 BImSchG), die in der 4. BImSchVO nicht aufgeführt sind bzw. die dort aufgestellten Voraussetzungen nicht erfüllen. Zu den genehmigungsfreien Anlagen zählen etwa Schrottplätze, Kirchenglocken (BVerwGE 68, 62/66) und Feuersirenen (BVerwGE 79, 254/256). Zu den Anlagen nach § 3 Abs. 5 BImSchG gehören also auch solche Einrichtungen, die dazu dienen, Lärm zu erzeugen. Es kommt für den Anlagenbegriff des weiteren nicht darauf an, ob die Anlage selbst oder ihre Benutzung durch Dritte zu Immissionen führt (ARNDT, Umweltrecht, Rdnr. 241). Letzteres ergibt sich bereits aus § 3 Abs. 5 Nr. 3 BImSchG („Arbeiten durchgeführt“).

2. Betreiberpflichten bei nicht genehmigungsbedürftigen Anlagen

Fall 85, Fall 86, Fall 87

Die Betreiber nicht genehmigungsbedürftiger Anlagen unterliegen nach § 22 BImSchG drei immissionsschutzrechtlichen Grundpflichten.

Nach § 22 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG sind schädliche Umwelteinwirkungen zu verhindern, die nach dem Stand der Technik vermeidbar sind. Diese Pflicht ist (wegen der Verbindung zu § 3 Abs. 1 BImSchG) drittschützend. Konkret beeinträchtigte Nachbarn haben gegenüber der Immissionsschutzbehörde ein Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung hinsichtlich der Ausübung der Befugnisse nach §§ 24, 25 BImSchG, mit denen die Grundpflicht des § 22 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG durchgesetzt werden kann.

Nach § 22 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG sind nach dem Stand der Technik unvermeidbare schädliche Umwelteinwirkungen auf ein Mindest-

maß zu beschränken. Das entscheidende Rechtsanwendungsproblem besteht darin, wie das Mindestmaß zu bestimmen ist. Der Gesetzgeber ermöglicht an dieser Stelle einen nachbarlichen Interessenausgleich im Wege der Abwägung im Einzelfall (L/R-HANSMANN, § 22 Rdnr. 22). Als Faustregel kann gelten, daß § 22 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG mehr Raum für die Berücksichtigung der Interessen des Anlagenbetreibers beläßt als § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG (L/R-HANSMANN, § 22 Rdnr. 24). Auch § 22 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG ist drittschützend.

Schließlich sind gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG die in der Anlage entstehenden Abfälle ordnungsgemäß zu beseitigen. Diese Pflicht ist nicht nachbarschützend.

Zu beachten ist § 22 Abs. 2 BImSchG. Weitergehende öffentlich-rechtliche Vorschriften (z. B. Baurecht, Gaststättenrecht, Gewerbe-recht etc.) bleiben unberührt. Daneben bleiben selbstverständlich auch zivilrechtliche Ansprüche von den §§ 22 ff. BImSchG unberührt. Mangels Genehmigung gibt es auch keine § 10 Abs. 3 S. 4 und § 14 S. 1 BImSchG vergleichbare Präklusion.

Die immissionsschutzrechtlichen Pflichten des § 22 BImSchG bestehen gegenüber der Immissionsschutzbehörde, nicht unmittelbar gegenüber dem Nachbarn. Dieser hat höchstens einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung hinsichtlich der Entscheidung über ein Einschreiten. Das ist insbesondere dann wichtig, wenn ein Hoheitsträger eine nicht genehmigungsbedürftige Anlage betreibt (z. B. eine Feuersirene). Aus § 22 BImSchG ergibt sich unmittelbar *kein* Unterlassungsanspruch. Das BVerwG geht jedoch von der Existenz eines allgemeinen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs analog §§ 1004, 906 BGB aus (als Rechtsgrundlage werden auch die Grundrechte – Art. 2 Abs. 2, 14 Abs. 1 GG – in Erwägung gezogen, siehe BVerwGE 79, 254/256 f.). Das BVerwG nimmt an, daß sich die Maßstäbe des öffentlichen mit denen des privaten Nachbarrechts decken (Erheblichkeit [§ 3 Abs. 1 BImSchG] = Wesentlichkeit [§ 906 BGB]).

3. Anordnungen nach §§ 24, 25 BImSchG

Fall 88, Fall 89, Fall 90, Fall 91, Fall 92

§§ 24, 25 BImSchG enthalten die Befugnisnormen zu Eingriffen gegenüber den Betreibern von nichtgenehmigungsbedürftigen Anlagen. § 24 hat insoweit eine Doppelfunktion. Er dient der *Durchsetzung der sich aus §§ 22, 23 BImSchG ergebenden Pflichten*. Aufgrund des § 24 BImSchG können weiterhin (oft gleichzeitig) *die Pflichten des § 22 BImSchG konkretisiert werden*. Dies ist deshalb wichtig, weil vielfach Rechtsverordnungen nach § 23 BImSchG zur Anwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe des § 22 BImSchG nicht vorliegen.

Im Anschluß an eine Anordnung nach § 24 BImSchG kann nach § 25 Abs. 1 BImSchG der Betrieb einer Anlage untersagt werden. Beachte insoweit erneut die Stufung des Ermessens:

- § 25 Abs. 1 BImSchG ist eine Ermessensbestimmung.
- § 25 Abs. 2 BImSchG ist hingegen eine Sollbestimmung, die nahe an eine gebundene Entscheidung heranreicht.

Weiterer wichtiger Unterschied:

- § 25 Abs. 1 BImSchG setzt eine Anordnung nach § 24 BImSchG voraus.
- § 25 Abs. 2 BImSchG eröffnet auch die Möglichkeit, die Errichtung (nicht nur den Betrieb) einer Anlage zu untersagen.

Aus dem Gesetzestext nicht ohne weiteres zu erkennen ist das Verhältnis zwischen § 24 und § 25 Abs. 2 BImSchG. Nach Auffassung des BVerwG ist § 24 BImSchG die allgemeine und § 25 Abs. 2 BImSchG die spezielle Vorschrift (BVerwG, NJW 1993, 342/343). So kann eine Betriebsuntersagung (für den ganzen Betrieb ebenso wie eine Teiluntersagung) wie auch eine minder schwere Maßnahme sowohl auf die Grundlage des § 24 BImSchG wie auch des § 25 Abs. 2 BImSchG ergehen.

Fälle und Lösungen zum Gewerbe- und Immissionsschutzrecht

Fall 1

Im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens gegen eine auf § 35 GewO gestützte Verfügung hält das Verwaltungsgericht einzelne Vorschriften der Gewerbeordnung für nicht mit dem Grundgesetz vereinbar. Ist eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nach Art. 100 Abs. 1 GG in jedem Fall statthaft, wenn die Verfassungsmäßigkeit der Norm streitentscheidend ist?

Lösung Fall 1

Eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG ist nur dann statthaft, wenn es sich um nachkonstitutionelles, formelles Recht handelt. Die Gewerbeordnung ist zwar vor dem Grundgesetz in Kraft getreten. Sie enthält gleichwohl eine Fülle von erst nachkonstitutionell eingefügtem Recht. Auch unverändert fortbestehendes Recht kann vom nachkonstitutionellen Gesetzgeber „in seinen Willen aufgenommen“ worden sein. Es kommt deshalb auf den Einzelfall an. Eine Vorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG ist nicht in jedem Fall unzulässig.

Fall 2

Das Bundesland B erläßt zum Schutz des Mittelstandes ein Gesetz, wonach die Eröffnung von neuen Einzelhandelsbetrieben mit einer Verkaufsfläche von mehr als 1000 qm einer Genehmigung bedarf. Die Genehmigung ist nur zu erteilen, wenn dies mit dem übergeordneten Grundsatz des Schutzes des mittelständischen Handels zu vereinbaren ist. Ist das Gesetz verfassungsmäßig?

Lösung Fall 2

Das Gesetz ist verfassungsmäßig, wenn es formell und materiell dem GG entspricht.

I. Formelle Rechtmäßigkeit

Fraglich ist, ob das Gesetz kompetenzmäßig zustandegekommen ist. Der Bund könnte von seinem Gesetzgebungsrecht umfassend Gebrauch gemacht haben (Art. 72 Abs. 1 GG).

1. Nach § 1 GewO ist der Betrieb eines Gewerbes (der Einzelhandel erfüllt die Merkmale des Gewerbebegriffs) jedermann gestattet, soweit nicht die Gewerbeordnung (dieses Gesetz!) Ausnahmen oder Beschränkungen vorschreibt oder zuläßt. Beides ist nicht der Fall. § 1 GewO i. V. m. Art. 72 Abs. 1 GG steht deshalb dem Erlaß des Landesgesetzes über die Beschränkung der Eröffnung von großflächigen Einzelhandelsbetrieben entgegen.

2. Daß teilweise in anderen Bundesgesetzen über die Gewerbeordnung hinaus Zulassungsschranken vorgesehen sind, ist irrelevant. Der Bundesgesetzgeber kann von § 1 GewO abweichen. Trotzdem bleibt der Anspruch einer vollständigen Ausschöpfung der Gesetzgebungskompetenz bestehen.

II. Materielle Rechtmäßigkeit

Fraglich ist, ob das Gesetz mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist. Die Anforderungen des Übermaßverbotes werden im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG konkretisiert durch die sog. Drei-Stufen-Theorie. Danach ist zu unterscheiden zwischen

a) *Berufsausübungsregelungen* (1. Stufe), die dann verfassungsmäßig sind, wenn vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls für die Regelung sprechen;

b) *subjektiven Berufswahlregelungen* (2. Stufe), die dann verfassungsmäßig sind, wenn wichtige Gründe des Allgemeinwohls für die Regelung sprechen und

c) *objektiven Berufswahlregelungen* (3. Stufe), die der Gesetzgeber nur dann erlassen darf, wenn dies zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut notwendig ist.

1. Es handelt sich um einen Eingriff auf der dritten Stufe (objektive Bedürfnisplanung).

2. Ein Eingriff auf der dritten Stufe ist nur dann zulässig, wenn nachweislich oder höchstwahrscheinlich eine Gefahr für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut vorliegt. Der Mittelstandsschutz ist kein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut. Hieran ändert sich auch dann nichts, wenn die Landesverfassung einen besonderen Schutz von Klein- und Mittelbetrieben verlangt (etwa Art. 153 BV). Ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut im Sinne des Bundesverfassungsrechts liegt dadurch nicht vor. (Mit Art. 153 BV könnten hingegen Eingriffe auf der ersten Stufe, also Ausübungsregelungen, gerechtfertigt werden.)

Ergebnis: Das Gesetz ist formell und materiell verfassungswidrig.

Fall 3

Art. 15 BayLStVG enthält eine Ermächtigung an die Sicherheitsbehörden, Vorschriften über die „Reinlichkeit in gewerblichen Betrieben“ zu erlassen. Ist diese Vorschrift kompetenzgemäß?

Lösung Fall 3

Art. 15 BayLStVG wäre dann kompetenzwidrig, wenn der Bundesgesetzgeber insoweit von seiner Gesetzgebungsbefugnis umfassend Gebrauch gemacht hätte. Der im Ansatz umfassende Regelungsanspruch des § 1 GewO bezieht sich jedoch nur auf die Zulassung zum Gewerbe, nicht hingegen auf die Art und Weise, wie gewerbliche Tätigkeit auszuüben ist (BVerwG, DVBl. 1971, 751/752). Dies ist nur in Teilaspekten bundesrechtlich geregelt (z. B. im Bundesimmissionsschutzgesetz). Über die Reinlichkeit in Betrieben gibt es hingegen keine bundesrechtlichen Bestimmungen. Art. 15 BayLStVG ist daher kompetenzgemäß.

Fall 4

Der Italiener I möchte in der Fußgängerzone von S eine Pizzeria eröffnen. Bisher befand sich in den Räumlichkeiten ein Souvenirgeschäft. Den Bürgersteig vor dem Lokal möchte I im Sommer für das Aufstellen von Stühlen und Tischen nutzen. Im Keller neben

den Toiletten möchte I zwei Geldspielautomaten aufstellen. Welche Genehmigungen benötigt I?

Lösung Fall 4

I. Gewerberechtliche Erlaubnisse

1. Für die allgemeine Aufnahme eines Gewerbes nach der Gewerbeordnung ist keine Erlaubnis erforderlich. Vorliegend handelt es sich aber um den Sonderfall des Betriebs einer Gaststätte. Dies ist nach § 2 GastG erlaubnispflichtig.

2. Das Aufstellen von Spielgeräten ist genehmigungspflichtig nach § 33c Abs. 1 GewO. Zudem bedarf I einer Bestätigung nach § 33c Abs. 3 GewO über die Geeignetheit des Aufstellungsortes (Verwaltungsakt!).

II. Sonstige Erlaubnisse

1. Die Eröffnung der Pizzeria ist die Nutzungsänderung einer baulichen Anlage. Erforderlich ist deshalb eine Baugenehmigung (§ 29 S. 1 BauGB i. V. m. den Landesbauordnungen).

2. Das Aufstellen von Stühlen und Tischen im öffentlichen Straßenraum ist als Sondernutzung nach den Straßengesetzen der Länder erlaubnispflichtig.

Fall 5

T ist als sog. Sammelbesteller für den O-Versand (Sortimentsversender) tätig. Er sammelt in seinem engeren und weiteren Verwandten- und Bekanntenkreis Bestellungen und übermittelt sie zusammengefaßt an den O-Versand. Der O-Versand schickt T die bestellten Waren zu, T verteilt sie und kassiert den Kaufpreis, den er an den O-Versand überweist. Im letzten Jahr nahm T Bestellungen im Gegenwert von 30000 DM auf, wofür er vom O-Versand eine Vergütung von 1500 DM erhielt. Ist T Gewerbetreibender nach § 1 GewO?

Lösung Fall 5

1. Die Tätigkeit des T ist nicht sozial unwertig.
2. Die Tätigkeit des T ist auf Gewinnerzielung gerichtet. (Anders wäre es, wenn T nur Bestellungen im Familienkreis zusammenfaßt, um möglichst viel Rabatt zu erhalten.)
3. Die Tätigkeit des T ist auf Dauer angelegt.
4. Fraglich ist, ob T selbständig ist. Selbständigkeit verlangt, daß T auf eigene Rechnung, auf eigene Gefahr sowie in persönlicher und sachlicher Unabhängigkeit handelt. T unterliegt als Sammelbesteller keinen Weisungen des O-Versandes. Er kann selbst bestimmen, wann und wie er tätig wird. Er erhält auch keine Grundvergütung, steht deshalb in keinem Arbeitsverhältnis zum O-Verand. Er ist also selbständig.
5. T übt keinen freien Beruf aus.
6. Ein Umsatz von 30000 DM liegt oberhalb der Unerheblichkeitsgrenze. Die Tätigkeit von T liegt nicht als Bagatellsache außerhalb des Anwendungsbereichs der Gewerbeordnung.

Ergebnis: T ist Gewerbetreiber (ausführlich: MAIWALD, GewArch 1991, 326ff.)

Fall 6

K erwirbt das fast bankrotte Großhandelsgeschäft des G. Für die nächsten drei Jahre ist ein Gewinn nicht zu erwarten. Betreibt K ein Gewerbe?

Lösung Fall 6

Ein Gewerbe liegt dann vor, wenn eine Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben wird. Dieses Merkmal liegt nur dann nicht vor, wenn auf absehbare Zeit überhaupt keine Gewinne zu erwarten sind. Eine Verlustzone von drei Jahren spricht hingegen nicht gegen eine grundsätzliche Gewinnerzielungsabsicht. K ist Gewerbetreibender.

Fall 7

A betätigt sich als Wahrsager aufgrund von Sterndeutung. Die zuständige Behörde untersagt ihm die Tätigkeit wegen Unzuverlässigkeit. Sie führt aus, daß A über keinerlei astrologische oder sonst einschlägige Vor- oder Ausbildung verfüge. Ist die Verfügung materiell rechtmäßig?

Lösung Fall 7

Rechtsgrundlage für die Verfügung ist § 35 GewO.

I. Voraussetzung für eine Untersagungsverfügung wäre zunächst, daß A Gewerbetreibender ist (§§ 1, 35 Abs. 1 GewO).

a) Wahrsagen ist eine erlaubte Tätigkeit. (Anders war die Rechtslage früher nach den heute nicht mehr geltenden Wahrsageverordnungen einiger Bundesländer. Siehe dazu die lesenswerte Entscheidung BVerwGE 22, 286 ff., auf der dieser Fall beruht).

b) Wahrsagen aufgrund von Sterndeutung hat auch keinen künstlerischen oder wissenschaftlichen Charakter. A ist selbst nicht Wissenschaftler, sondern arbeitet höchstens mit von anderen ausgearbeiteten, angeblich wissenschaftlichen Erkenntnissen.

A ist also Gewerbetreibender.

II. A müßte weiterhin unzuverlässig sein. Der Begriff der Unzuverlässigkeit ist am jeweiligen Gewerbe auszurichten. Kunden von Wahrsagern sind an richtigen, nicht an methodisch richtig erstellten, jedoch im Ergebnis unrichtigen Vorhersagen interessiert. Es gibt jedoch – so das BVerwG (E 22, 286/297) – keinen wissenschaftlichen Beweis des Zusammenhangs von Sternen und Schicksal. Es kommt daher auf die Sachkunde von Sterndeutern nicht an. Prägnant formuliert: Die Richtigkeit der Vorhersagen von ausgebildeten und nicht ausgebildeten Sterndeutern beruht gleichmaßen auf dem Zufallsprinzip. Ein nicht sachkundiger Astrologe kann deshalb nicht unzuverlässig sein.

Ergebnis: Die Verfügung ist materiell rechtswidrig.

Fall 8

K betreibt einen kleinen Laden in M. Dort verkauft er selbst bespielte Schallplatte, Kassetten und andere Tonträger. Nach Erkenntnissen der zuständigen Behörde nutzt K den Laden weiterhin zum Rauschgifthandel. Könnte die Behörde K den Betrieb des Ladens untersagen?

Lösung Fall 8

1. Befugnisnorm ist § 35 Abs. 1 S. 1 GewO. Ein Drogenhändler ist unzuverlässig im Sinne des Gewerberechts.

2. Voraussetzung für eine Untersagung wäre jedoch, daß K Gewerbetreibender ist (§ 1 GewO). Seine Tätigkeit könnte als „Kunst“ (= freie künstlerische Tätigkeit) aus dem Gewerbebegriff herausfallen. Auch der Verkauf eigener Produkte fällt in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG. Diese Verfassungsbestimmung schützt nicht nur den *Werk-*, sondern auch den *Wirkbereich*. Das heißt aber nicht, daß sämtliche Tätigkeiten, die von der Kunstfreiheit verfassungsrechtlich geschützt sind, wirtschaftsverwaltungsrechtlich aus dem Gewerbebegriff herausfallen. Die Herausnahme von Kunst aus dem Gewerbebegriff ist vielmehr auf den Werkbereich zu beschränken. Der Verkauf eigener Produkte in einem Laden fällt also unter § 1 GewO.

3. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG steht allerdings nicht unter Gesetzesvorbehalt. Beschränkungen durch § 35 Abs. 1 S. 1 GewO sind gleichwohl möglich, und zwar zur Konkretisierung verfassungsunmittelbarer Schranken. Der Schutz der Volksgesundheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) rechtfertigt deshalb den Eingriff im vorliegenden Fall, zumal nur der Randbereich der Kunstfreiheit betroffen wird. K wird nicht untersagt, Tonträger zu bespielen oder seine Produkte zu verkaufen. Das Verbot betrifft nur den Betrieb eines eigenen Ladens.

Ergebnis: Die Verfügung ist rechtmäßig (ähnlicher Fall: OVG Hamburg, GewArch 1991, 212 ff.).

Fall 9

Student S ist Eigentümer eines gebrauchten Wohnmobils. Außerhalb der Semesterferien vermietet er das Fahrzeug an seine Bekannte A, die pro Jahr insgesamt etwa 5 Wochen damit unterwegs ist und pro Tag S eine Miete von 40 DM bezahlt. Betreibt S ein Gewerbe?

Lösung Fall 9

Nicht unter den Gewerbebegriff des § 1 GewO fällt die Verwaltung eigenen Vermögens. Ein solcher Fall liegt hier vor, zumal S das Fahrzeug stets an dieselbe Person vermietet.

Fall 10

Landwirt L betreibt eine Schweinemästerei mit 500 Plätzen. Eine eigene Futtergrundlage bietet sein Betrieb nicht, denn L betreibt auf seinen Wiesen einen Dauercampingplatz mit 1000 Stellplätzen. Das Getreide, welches er selbst noch anbaut und erntet, verkauft er als Öko-Produkte in einem einmal in der Woche geöffneten eigenen Laden, der sich ebenfalls auf dem Hof befindet. Zudem vermietet L zwei Zimmer auf dem Hof an Feriengäste. Weiterhin betätigt er sich als Trauerredner bei nichtkirchlichen Bestattungen, wofür er drei Standardreden entworfen hat. Betreibt L ein oder mehrere Gewerbe?

Lösung Fall 10

1. Der Betrieb einer Schweinemästerei zählt zur Urproduktion, auch bei fehlender eigener Futtergrundlage (str.). L ist deshalb insofern kein Gewerbetreibender. Jedenfalls ist aufgrund von § 6 S. 2 2. HS GewO die Anwendung der meisten Vorschriften der Gewerbeordnung ausgeschlossen.
2. Der Betrieb eines Dauercampingplatzes mit 1000 Plätzen geht über die Verwaltung eigenen Vermögens hinaus. Ein Gewerbe liegt vor (BVerwG, GewArch 1976, 293 ff.).

3. Der Verkauf eigenen Getreides könnte als Nebenbetrieb einem Betrieb der Urproduktion „dienen“, was das Vorliegen eines Gewerbes ausschließen würde. Die Existenz eines eigenen Ladens spricht zwar für die Gewerbeeigenschaft. Der Laden hat jedoch nur einmal in der Woche geöffnet. Es werden zudem keine Fremdprodukte verkauft. Ein Gewerbe liegt deshalb nach dem Gesamtbild der Tätigkeit nicht vor.

4. Die Vermietung von zwei Zimmern zählt zur Verwaltung eigenen Vermögens. Ein nennenswerter Aufwand ist hierfür nicht erforderlich. Ein Gewerbe liegt nicht vor.

5. Die Betätigung als Trauerredner könnte „Kunst“ darstellen. Voraussetzung wäre aber, daß L die jeweilige Trauerrede individuell anfertigt. Da er nur eine von drei fertigen Versionen vorliest, liegt keine Kunst, sondern ein weiteres Gewerbe vor. (Nach § 3 S. 1 GewO können mehrere Gewerbe gleichzeitig nebeneinander betrieben werden.)

Fall 11

B betreibt ein Verkaufsgeschäft für Bürogeräte. Bei neu einzuführenden Produkten besucht er nach vorheriger Mitteilung seine Hauptkunden und führt ihnen die neuen Geräte in deren Geschäftsräumen vor. Welche Gewerbearten betreibt B?

Lösung Fall 11

1. Der Betrieb des Verkaufsgeschäftes ist ein stehendes Gewerbe (§ 14 GewO).

2. Zusätzlich könnte B auch ein Reisegewerbe ausüben (§ 55 Abs. 1 GewO). Voraussetzung wäre, daß B ohne vorherige Bestellungen Leistungen anbietet. Die Mitteilung ist keine Bestellung. B übt deshalb auch ein Reisegewerbe aus.

Fall 12

C betreibt ebenfalls ein Verkaufsgeschäft für Bürogeräte. Bei neu einzuführenden Produkten besucht er nach vorheriger telefonischer Anfrage und entsprechender Zustimmung seiner Stammkunden diese in deren Geschäftsräumen, um die Geräte vorzuführen. Welche Gewerbe betreibt C?

Lösung Fall 12

1. Der Betrieb des Verkaufsgeschäftes ist ein stehendes Gewerbe (§ 14 GewO).
2. C könnte weiterhin auch ein Reisegewerbe (§ 55 Abs. 1 GewO) ausüben. C taucht bei seinen Kunden jedoch nur nach vorhergehender telefonischer Absprache auf. Es könnte insoweit jedoch eine *provozierte Bestellung* vorliegen, die das Vorliegen einer Tätigkeit im Reisegewerbe nicht ausschließt. Eine provozierte Bestellung wird dann angenommen, wenn die Initiative an der Bestellung vom Gewerbetreibenden ausgeht und der Schutzzweck der §§ 55 ff. GewO eine Anwendung der Vorschriften verlangt. Im vorliegenden Fall ruft C jedoch nur seine Stammkunden an. „Provozierte“ Bestellungen liegen deshalb nicht vor. C betreibt nur ein stehendes Gewerbe.

Fall 13

H beabsichtigt, in S ein Geschäft für Ledermoden zu eröffnen. Zu diesem Zweck hat H am 3. November mit Wirkung zum 1. 12. ein Ladenlokal angemietet. Während der Umbauarbeiten, die vom 2. 12. bis zum 30. 1. dauern, befestigt er an der Außenseite ein Schild „Hier eröffnet ab 31. 1. für Sie: Ledermoden H“. Am 1. 3. gründet H eine OHG und nimmt seinen Schwager S als Gesellschafter mit in das Geschäft auf. Am 1. 4. nimmt er in einer 20 Meter entfernten Seitenstraße einen Raum als Lager in Betrieb. Am 1. 5. eröffnet er am anderen Ende der Fußgängerzone eine weitere Verkaufsstelle. Welche Vorgänge sind nach § 14 GewO anzeigepflichtig?

Lösung Fall 13

1. Bereits die Anmietung des Lokals am 3. 11. ist ein Vorgang, mit dem das Gewerbe angefangen wird. Bereits in diesem Augenblick besteht Anzeigepflicht.

2. Das Gewerbe wird jedenfalls dann angefangen, wenn der Gewerbetreibende mit Werbemaßnahmen beginnt. Daher ist das Aufhängen des Schildes das Anfangen eines Gewerbes und deshalb nach § 14 Abs. 1 S. 1 GewO anzeigepflichtig, soweit nicht bereits vorher eine Anzeige erfolgt ist.

3. Der Beginn des Verkaufs am 15. 2. ist nicht mehr anzeigepflichtig, wenn bereits zum 2. 12. eine Anzeige erfolgt ist.

4. S wird mit dem Eintritt in das Geschäft als vollhaftender Gesellschafter selbst Gewerbetreibender. Er ist zur Anzeige nach § 14 Abs. 1 S. 1 GewO verpflichtet.

5. Die Eröffnung des Lagers ist ein betriebsinterner Vorgang. Das Lager dient nicht dem Geschäftsbetrieb nach außen. Seine Inbetriebnahme ist deshalb nicht anzeigepflichtig.

6. Die Eröffnung einer Verkaufsstelle ist nicht das Anfangen des Betriebs einer *Zweigniederlassung*, da aufgrund der räumlichen Nähe zum Hauptgeschäft wohl keine organisatorische Eigenständigkeit besteht. Es handelt sich deshalb um das Anfangen des Betriebs einer unselbständigen *Zweigstelle*, was jedoch nach § 14 Abs. 1 S. 1 GewO ebenfalls anzeigepflichtig ist.

Fall 14

P betätigt sich als Porträtmaler in der Fußgängerzone. Er zeigt nach § 14 GewO dies der zuständigen Behörde an. Die Behörde verweigert die Ausstellung einer Empfangsbestätigung nach § 15 Abs. 1 GewO. P befürchtet, er bekäme möglicherweise „Ärger mit der Polizei“, wenn er keine Bestätigung vorweisen kann. Er erhebt deshalb Klage zum Verwaltungsgericht. Mit Erfolg?

Lösung Fall 14

Die Klage hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)

Streitentscheidende Normen sind §§ 14, 15 GewO. Diese sind Normen des öffentlichen Rechts. Bei dem Rechtsstreit handelt es sich deshalb um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit.

II. Widerspruchsverfahren (§§ 68 ff. VwGO)

Der Zulässigkeit der Klage könnten die §§ 68 ff. VwGO entgegenstehen. P hat keinen Widerspruch eingelegt. Dies wäre jedoch nur dann notwendig gewesen, wenn es sich bei seinem Begehren um eine Anfechtungs- (§ 68 Abs. 1 VwGO) oder eine Verpflichtungsklage (§ 68 Abs. 2 VwGO) handeln würde.

1. Die Erteilung einer Bestätigung ist kein Verwaltungsakt. Daher ist das Begehren auf Erteilung keine Verpflichtungsklage. Richtige Klageart ist vielmehr die allgemeine Leistungsklage, vor deren Erhebung kein Vorverfahren vorgesehen ist.

2. Man könnte allerdings in der Ablehnung der Ausstellung der Bescheinigung einen Verwaltungsakt sehen. Ist aber die positive Entscheidung kein Verwaltungsakt, ist es die negative nach dem Willen der Behörde in aller Regel auch nicht.

Ein Widerspruchsverfahren ist nicht erforderlich.

III. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO analog)

P hat möglicherweise einen Anspruch auf Erteilung der Bescheinigung. Er ist deshalb klagebefugt.

B. Begründetheit

Die Behörde ist zur Ausstellung einer Bescheinigung verpflichtet, wenn P die selbständige Ausübung eines Gewerbes angezeigt hätte (§ 15 Abs. 1 GewO).

Fraglich ist deshalb, ob P ein Gewerbe ausübt (§ 1 GewO). Dies ist nicht der Fall. Porträtmalerei zählt zur Kunst. Ein Gewerbe wird deshalb nicht ausgeübt.

Ergebnis: Die Klage ist zulässig, jedoch unbegründet.

Fall 15

A betreibt ein Schuhgeschäft in S. Die zuständige Behörde untersagt den weiteren Betrieb, da bisher keine Anzeige nach § 14 GewO vorliege. Zu Recht?

Lösung Fall 15

1. Mögliche Befugnisgrundlage ist § 15 Abs. 2 S. 1 GewO. Die Anzeige nach § 14 GewO oder die Ausstellung einer Bescheinigung nach § 15 Abs. 1 GewO ist jedoch keine Zulassung im Sinne dieser Bestimmung.

2. Eventuell könnte die Untersagung auf das allgemeine Polizei- und Ordnungsrecht gestützt werden. Das Verhalten des A ist eine Ordnungswidrigkeit nach § 146 Abs. 2 Nr. 1 GewO und deshalb eine Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit. Ordnungswidrig ist jedoch nicht das Betreiben des Geschäfts, sondern das Unterlassen der Anzeige. Eine Betriebsuntersagung kann deshalb nicht angeordnet werden.

Fall 16

Die pensionierte Oberlehrerin O betreibt eine private Hausaufgabenbetreuung. Sie empfängt regelmäßig täglich 6–10 Schüler verschiedener Alterstufen, denen sie zum Preis von 8 DM pro Nachmittag und Kind bei der Anfertigung von Hausaufgaben hilft. Von der zuständigen Behörde wird sie aufgefordert, ihrer Anzeigepflicht nach § 14 GewO nachzukommen. Zu Recht?

Lösung Fall 16

I. Rechtsgrundlage

Fraglich ist zunächst, ob sich die Verfügung der Behörde auf eine Rechtsgrundlage stützen kann. In Betracht kommt § 14 GewO. Diese Bestimmung enthält keine ausdrückliche Befugnis zu einer Feststellung, wie sie die Behörde getroffen hat. Die Befugnis läßt sich gleichwohl im Wege der Auslegung § 14 GewO entnehmen.

Eine solche Auslegung dient gerade den Interessen der Gewaltunterworfenen. Ansonsten wäre die Behörde zur Durchsetzung der Anzeigepflicht stets gezwungen, einen Bußgeldbescheid wegen einer Ordnungswidrigkeit nach § 146 Abs. 2 Nr. 1 GewO zu erlassen.

II. Gewerbetätigkeit (§ 1 Abs. 1 GewO)

Die Verfügung wäre nur dann rechtmäßig, wenn O ein Gewerbe ausübt. O könnte eventuell einem „freien Beruf“ nachgehen. Hausaufgabenbetreuung ist jedoch keine „persönliche Dienstleistung höherer Art“. Sie kann und wird gleichermaßen von Schülern und Studierenden durchgeführt, setzt also nicht einmal üblicherweise einen Fachhochschul- oder Hochschulabschluß voraus (BVerwGE 78, 6/8).

III. Ausnahme nach § 6 GewO

Eventuell könnte die Tätigkeit der O aber nach § 6 S. 1 GewO von der Geltung der GewO ausgenommen sein („Unterrichtswesen“). Der Begriff „Unterrichtswesen“ ist zwar weiter als der des „Schulwesens“. Er umfaßt also auch nichtschulische Unterrichtsveranstaltungen. Das gilt aber nur dann, wenn sie *landesgesetzlich geordnet* sind (BVerwGE 78, 6/11; § 6 S. 1 GewO diene insoweit auch dem Schutz der Gesetzgebungskompetenzen der Länder). Dies ist bei der Hausaufgabenbetreuung nicht der Fall.

Ergebnis: Die Verfügung der Behörde ist rechtmäßig.

Fall 17

Der praktische Arzt Dr. M hat seit 30 Jahren eine Konzession zum Betrieb einer privaten Krankenanstalt. Infolge eines unheilbaren Gebrechens ist er nicht mehr in der Lage, den Betrieb der Krankenanstalt ordnungsgemäß zu führen. Überprüfungen durch die zuständige Behörde ergeben Mißstände bei der Buchführung sowie in der Reinlichkeit des Küchenbetriebes. Dr. M erhält deshalb einen Bescheid der Behörde, wonach ihm die Auflage erteilt wurde, einen verantwortlichen Geschäftsführer zu bestellen. Hiergegen wehrt sich Dr. M mit der Begründung, er könne einen weiteren Ange-

stellten finanziell nicht verkraften. Ist der Bescheid der Behörde rechtmäßig?

Lösung Fall 17

Die Verfügung der Behörde ist dann rechtmäßig, wenn es hierfür eine Rechtsgrundlage gibt.

I. Es handelt sich um eine nachträgliche Auflage. Deren Zulässigkeit ist im VwVfG nicht geregelt. Als milderer Mittel ist eine nachträgliche Auflage gleichwohl dann zulässig, wenn ansonsten die Rücknahme (§ 48 VwVfG) oder der Widerruf (§ 49 VwVfG) der Genehmigung in Betracht kommen würde (vgl. Kopp, VwVfG, § 36 Rdnr. 45).

II. Zu prüfen ist, ob die Genehmigung nach § 48 VwVfG rücknehmbar ist. Voraussetzung wäre die Rechtswidrigkeit der Genehmigung. Die Genehmigung nach § 30 GewO ist kein Dauerverwaltungsakt. Sie ist und bleibt rechtmäßig, wenn die Voraussetzungen für ihren Erlass ursprünglich (= bei der letzten Behördenentscheidung im Erteilungsverfahren) vorlagen. Eine Rücknahme nach § 48 VwVfG scheidet aus.

III. Weiterhin kommt ein Widerruf nach § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG in Betracht. Voraussetzung wäre, daß die Behörde berechtigt wäre, die Genehmigung nicht mehr zu erteilen. M könnte es an der von § 30 Abs. 1 Nr. 1 GewO geforderten Zuverlässigkeit mangeln. Sowohl die Mißstände in der Buchführung als auch die in der Küchenreinlichkeit begründen die Annahme seiner Unzuverlässigkeit. Durch eine schlechte Buchführung besteht die Gefahr, daß Patienten Rechnungen für nicht Geleistetes erhalten, die Steuern und Sozialversicherungsabgaben von Beschäftigten nicht abgeführt werden etc. Die hygienischen Mängel gefährden die Gesundheit der Patienten. Daß Dr. M an seiner Unzuverlässigkeit kein Verschulden trifft, spielt keine Rolle. Die Behörde wäre damit sogar verpflichtet, Dr. M bei einem neuen Antrag die Genehmigung nicht zu erteilen. Der Widerrufsgrund des § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG liegt vor. Deshalb ist auch eine nachträgliche Auflage zulässig.

IV. Fraglich ist weiter, ob die nachträgliche Auflage mit dem Übermaßverbot vereinbar ist. Dr. M behauptet, er könne sich die Bezahlung einer solchen Kraft nicht leisten. Dies ist jedoch sein unternehmerisches Problem. Es führt nicht zur Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme.

Ergebnis: Die Verfügung ist rechtmäßig.

Fall 18

B betreibt in der kreisfreien Stadt S diverse Vergnügungslokale. Eines dieser Lokale möchte er zur Steigerung seines Umsatzes in eine sog. Peep-Show umwandeln. Deshalb beantragt er bei der Stadt die erforderliche Genehmigung nach § 33 a GewO. Die Erteilung einer solchen Erlaubnis wird jedoch von der Stadt mit Berufung auf § 33 a Abs. 2 Nr. 2 GewO abgelehnt. Dies wird damit begründet, daß „Peep-Shows“ wegen Verletzung der Menschenwürde der „Darstellerinnen“ gegen Art. 1 Abs. 1 GG und damit auch gegen die guten Sitten verstießen.

Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhebt B Klage zum Verwaltungsgericht. Dabei beruft er sich zunächst auf seine Berufsfreiheit nach Art. 12 GG. Er hält es zudem für verfassungsrechtlich unhaltbar, den Art. 1 Abs. 1 GG in § 33 a GewO „hineinzudichten“. Außerdem stehe es jeder seiner Angestellten frei, bei ihm zu arbeiten, zwingen würde er niemanden. Diese könnten vielfach auch nur durch diese Tätigkeit ihren Lebensstandard aufrecht erhalten. Es gäbe aber doch wohl keinen Grundrechtsschutz gegen den Willen der Betroffenen. Grundrechte seien nur Abwehrrechte gegen den Staat. Wäre eine verwaltungsgerichtliche Klage begründet?

Lösung Fall 18

Die Klage wäre dann begründet, wenn B einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung hätte (§ 113 Abs. 5 S. 1 VwGO).

B wird eine Verpflichtung der Stadt S zur Erteilung der Genehmigung nur dann erreichen, wenn das Vorhaben genehmigungspflichtig ist und kein Versagungsgrund für die Genehmigung besteht.

I. Bei einer Peep-Show handelt es sich um die gewerbsmäßige

Schaustellung von Personen nach § 33a Abs. 1 S. 1 GewO. Ein Ausnahmefall nach § 33a Abs. 1 S. 2 GewO liegt nicht vor.

II. Die Peep-Show könnte jedoch nach § 33a Abs. 2 Nr. 2 GewO genehmigungsunfähig sein. Voraussetzung für eine Versagung wäre, daß eine Peep-Show gegen die guten Sitten verstößt. Ein Verstoß gegen die guten Sitten könnte sich aus einer Berücksichtigung der Grundrechte ergeben. Grundrechte sind nicht nur subjektive Abwehrrechte gegen den Staat, sondern auch objektive Wertentscheidungen der Verfassung, die Ausstrahlungswirkungen auf das einfache Recht haben. Das einfache Recht und insbesondere die im einfachen Recht verwendeten Generalklauseln sind gemäß den grundrechtlichen Wertentscheidungen auszulegen. Eine solche Wertentscheidung der Verfassung enthält auch der Art. 1 Abs. 1 GG. Ein Verstoß gegen die guten Sitten im Sinne von § 33a GewO liegt dann vor, wenn eine Peep-Show einen Eingriff in die Menschenwürde darstellt.

2. Ein Verstoß gegen die Menschenwürde ist anzunehmen, wenn ein Mensch einer Behandlung ausgesetzt wird, die seine Subjektsqualität in Frage und ihn in eine Objektsituation stellt.

a) An einem Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG könnte man zunächst deshalb zweifeln, weil hier der „Angriff“ nicht vom Staat selbst kommt, sondern vor allem vom Veranstalter der Peep-Show. Nach Art. 1 Abs. 1 S. 2 GG ist der Staat aber auch verpflichtet, die Menschenwürde gegen Angriffe von privater Seite zu schützen.

b) Des weiteren könnte ein Verstoß gegen Art. 1 Abs. 1 GG deshalb ausscheiden, weil die „Darstellerinnen“ die Tätigkeit freiwillig ausüben. Zweifelhaft ist jedoch schon, ob die „Darstellerinnen“ überhaupt wirksam auf ihre Menschenwürde verzichten können. Die Menschenwürde ist auch für den Grundrechtsträger ein unverfügbare Wert. Zudem besteht die Pflicht des Staates zum Schutz der Menschenwürde unabhängig vom Willen des einzelnen. Im vorliegenden Fall geht es um die Ausstrahlungswirkung der objektiven Wertentscheidung des Art. 1 Abs. 1 GG auf das einfache Recht, so daß insofern ein Verzicht einzelner keine Rolle spielt.

c) Eine Interpretation des § 33a GewO dahingehend, daß im vorliegenden Fall ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, könnte

jedoch deshalb ausscheiden, weil es zu einem inneren Widerspruch in der Rechtsordnung führen würde, wenn Prostitution geduldet wird, Peep-Shows aber nicht. Hierfür lassen sich jedoch nachvollziehbare Gründe anführen. So ist es dem Gesetzgeber unbenommen, ein Verbot der Prostitution deshalb für nicht sinnvoll zu halten, weil diese dadurch kaum abnehmen, sondern nur in die Illegalität gedrängt würde, was eine staatliche Kontrolle etwa in Form von Gesundheitsuntersuchungen unmöglich machen würde.

d) Es kommt damit entscheidend darauf an, ob eine Peep-Show die „Darstellerinnen“ in eine entwürdigende Objektsituation stellt. Nach Ansicht des BVerwG ist dies der Fall (BVerwGE 64, 274f.). Speziell die Peep-Show führt – anders als eine Striptease-Vorführung – wegen des fehlenden Blickkontakts zu den Betrachtern zu einer entwürdigenden objekthaften Rolle.

Ergebnis: Folgt man dem BVerwG, liegt ein Verstoß gegen die guten Sitten und damit ein Versagungsgrund vor.

Fall 19

A hat 1983 von der zuständigen Behörde die Erlaubnis nach § 33 a GewO erhalten, im Vergnügungsviertel der Großstadt H eine Peep-Show zu betreiben. 1990 untersagt die Behörde den weiteren Betrieb. Zu Recht?

Lösung Fall 19

Befugnisnorm für die Untersagung ist § 15 Abs. 2 S. 1 GewO.

I. Die Schaustellung von Personen im Rahmen einer Peep-Show ist nach § 33 a Abs. 1 GewO erlaubnispflichtig.

II. Fraglich ist, ob A ihr Gewerbe *ohne* Zulassung betreibt. Dies ist dann der Fall, wenn die ihr 1983 erteilte Erlaubnis nichtig wäre (§ 44 Abs. 1 oder 2 VwVfG).

1. Es könnte im vorliegenden Fall der Nichtigkeitsfall des § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG vorliegen. Dann müßte der Verwaltungsakt gegen die guten Sitten verstoßen. Die Genehmigung nach § 33 a

GewO erlaubt den Betrieb der Peep-Show, er ordnet jedoch nicht die Durchführung einer solchen an. Nach Auffassung des BVerwG (GewArch 1990, 212/212) spielt das jedoch keine Rolle. Ein Verwaltungsakt ist auch dann nichtig, wenn er etwas erlaubt, was sittenwidrig und deshalb nicht erlaubnisfähig ist.

2. Fraglich ist, ob die Veranstaltung deshalb nicht sittenwidrig ist, weil der Ort der Veranstaltung in einem Vergnügungsviertel liegt. Der Betrieb einer Peep-Show widerspricht jedoch den herrschenden Wertempfindungen, unabhängig davon, wo er stattfindet (BVerwG, GewArch 1990, 212/213).

A verfügt über keine Erlaubnis für die Schaustellung von Personen.

III. Ermessensfehler sind nicht ersichtlich.

Ergebnis: Die Verfügung ist rechtmäßig.

Fall 20

B betreibt in H eine „Telebild-Sofort-Kontakt-Anlage“ („Live-Video-Peep-Show“). Aus Einzelkabinen in einem Gebäude kann gegen Münzeinwurf Bildschirm-Telefon-Kontakt zu Frauen und Männern aufgenommen werden, die sich in einem anderen Gebäude in einem mit Video-Kameras und Telefonen bzw. Mikrofonen ausgestatteten Raum für Kontaktaufnahmen mit eindeutig sexuellem Bezug aufhalten. Der Kunde bleibt optisch anonym. Der bzw. die jeweilige Kontaktperson kann über Telefon zu sexuell stimulierenden Posen bzw. Handlungen aufgefordert werden. Die zuständige Behörde untersagt B den weiteren Betrieb der Show und ordnet die sofortige Vollziehung des Bescheides an. B legt Widerspruch ein und beantragt beim zuständigen Verwaltungsgericht die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. B trägt vor, der Bescheid sei rechtswidrig, denn der Betrieb der Show sei entgegen der Auffassung der Stadt weder formell noch materiell rechtswidrig. Wie wird das VG entscheiden?

Lösung Fall 20

Das Gericht wird über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung entscheiden, wenn der Antrag des B zulässig ist.

A. Zulässigkeit des Antrags

I. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO) liegt vor. Streitentscheidend sind Normen der Gewerbeordnung, also des öffentlichen Rechts.

II. Eine Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 1. Var. VwGO) gegen den Bescheid der Behörde ist statthaft. Die Untersagung ist ein Verwaltungsakt (§ 35 S. 1 VwVfG).

III. In Form des Widerspruchs ist ein Rechtsbehelf eingelegt.

IV. Die aufschiebende Wirkung ist durch die Anordnung nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO entfallen.

V. B ist auch antragsbefugt (§ 42 Abs. 2 VwGO), da er Adressat der Verfügung ist.

B. Begründetheit des Antrags.

I. Das Gericht hebt die Anordnung der sofortigen Vollziehung auf, wenn sie formell rechtswidrig erfolgte (z.B. fehlende Begründung nach § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO). Hierfür bestehen jedoch keine Anhaltspunkte.

II. Das Gericht stellt die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs wieder her, wenn er offensichtlich begründet ist, oder wenn er weder offensichtlich begründet noch unbegründet ist, die Interessen des Antragstellers die entgegenstehenden öffentlichen und privaten Interessen jedoch überwiegen.

Im vorliegenden Fall könnte eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung deshalb nicht in Frage kommen, weil der Bescheid offensichtlich rechtmäßig ist.

1. Befugnisgrundlage für die Verfügung ist § 15 Abs. 2 GewO. Fraglich ist, ob B ein zulassungspflichtiges Gewerbe ausübt. Die Show könnte nach § 33a Abs. 2 GewO genehmigungspflichtig

sein. Auch wenn kein direkter räumlicher Kontakt zwischen den Kunden und den Darstellerinnen bzw. Darstellern besteht, hat die Vorführung doch „Live-Charakter“ (anders als die Vorführung eines Porno-Films). Die Show ist deshalb genehmigungspflichtig.

2. Als Ermessens Gesichtspunkt hätte jedoch eventuell beachtet werden müssen, daß die Show nur formell rechtswidrig ist. Das ist jedoch nicht der Fall. Sie ist nach § 33a Abs. 2 Nr. 2 GewO nicht genehmigungsfähig. Es gelten die gleichen Grundsätze wie bei einer „normalen“ Peep-Show (OVG Hamburg, GewArch 1992, 423f.)

Fall 21

A erhält die Erlaubnis zum Betrieb einer Spielhalle nach § 33i GewO. Der Bescheid enthält unter Punkt 3 „Auflagen“ folgende Bestimmung: „Die Geld- oder Warenspielgeräte dürfen zur Vermeidung einer übermäßigen Ausnutzung des Spieltriebes (§ 33i Abs. 2 Nr. 3 GewO) nur so aufgestellt werden, daß ein Spieler zur gleichen Zeit maximal zwei derartige Geräte bedienen und optisch überwachen kann.“ A ordnet die Geräte gleichwohl so an, daß drei Geräte gleichzeitig bedient und optisch überwacht werden können. Die Behörde untersagt daraufhin die Fortsetzung des Betriebes. Zu Recht?

Lösung Fall 21

Befugnisnorm ist § 15 Abs. 2 S. 1 GewO. Fraglich ist, ob die Spielhalle ohne die erforderliche Erlaubnis betrieben wird. Erlaubnispflicht besteht nach § 33i Abs. 1 S. 1 GewO. A hat eine Erlaubnis erhalten, allerdings mit einer als „Auflage“ bezeichneten Einschränkung. Handelt es sich hierbei um eine „echte“ Auflage i. S. v. § 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG, wäre ein Vorgehen der Behörde gegen A nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO nicht möglich. Denn die Auflage dispensiert die Genehmigung nicht. Im vorliegenden Fall ist jedoch der Genehmigungsgegenstand betroffen. Es handelt sich um eine modifizierende Auflage. A betreibt deshalb seine Spielhalle ohne Genehmigung, nicht entgegen einer Auflage. Da auch keine Ermes-

sensfehler ersichtlich sind, ist die Verfügung rechtmäßig (vgl. auch OVG Münster, NVwZ-RR 1993, 21f.).

Fall 22

Der Industrielle K betreibt eine Fabrik mit nach §§ 4ff. BImSchG genehmigten Anlagen. Kann die zuständige Behörde im Falle seiner Unzuverlässigkeit eine Verfügung nach § 35 Abs. 1 S. 1 GewO erlassen?

Lösung Fall 22

Der Anwendbarkeit von § 35 GewO könnte dessen Abs. 8 entgegenstehen. Fraglich ist, ob es besondere Untersagungs- und Betriebsschließungsvorschriften oder Rücknahme- bzw. Widerrufsbestimmungen gibt, die auf die Unzuverlässigkeit des I abstellen. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung ist im Grundsatz eine Anlagengenehmigung, die von § 35 Abs. 8 GewO nicht erfaßt wird. In § 20 Abs. 3 enthält das BImSchG jedoch eine Bestimmung zur Untersagung des Betriebs einer Anlage bei Unzuverlässigkeit des Betreibers. Ob gegen K eine Verfügung nach § 35 Abs. 1 GewO ergehen kann, hängt deshalb davon ab, aus welchen Pflichtverstößen sich seine Unzuverlässigkeit ergibt. Handelt es sich um *immissionsschutzrechtliche Pflichten*, scheidet eine Verfügung nach § 35 Abs. 1 GewO wegen § 35 Abs. 8 GewO aus.

Fall 23

Die Reiseveranstalter A und B sind unabhängig voneinander auf die Durchführung von Ägypten-Reisen spezialisiert. Aufgrund einer Reihe von Terroranschlägen fundamentalistischer Gruppen in kurzen Zeitabständen auf deutsche Urlauber kommt es zu einem erheblichen Umsatzrückgang. A wird dadurch illiquide, B gerät in Zahlungsschwierigkeiten. Könnte die zuständige Behörde A und/oder B die weitere Ausübung ihres Gewerbes untersagen?

Lösung Fall 23

Voraussetzung für den Erlaß einer Verfügung nach § 35 Abs. 1 S. 1 GewO wäre die Unzuverlässigkeit von A und/oder B. Das Fehlen von Geldmitteln kann grundsätzlich Unzuverlässigkeit begründen. So werden die Kunden von Reiseveranstaltern dem Risiko ausgesetzt, daß die ihnen zustehenden Leistungen (Hotelunterkunft, Verpflegung etc.) nicht erbracht werden, da der deutsche Reiseunternehmer seine Zahlungspflichten nicht erfüllt. Allein Zahlungsschwierigkeiten reichen für den Erlaß einer Verfügung jedoch nicht aus. Das ergibt sich auch daraus, daß eine Verfügung nach § 35 Abs. 1 S. 1 GewO das Vorliegen einer *konkreten* Gefahr verlangt. Insofern kommt eine Untersagungsverfügung nur gegen A, nicht gegen B in Betracht.

Fall 24

S ist selbständiger Dachdeckermeister. Er gerät aufgrund des Konkurses eines Großkunden in Zahlungsschwierigkeiten. Für die Zeit seit März 1991 hat er keine Steuern und Sozialversicherungsabgaben für seine 18 Arbeitnehmer mehr abgeführt. Hiervon erhält das zuständige Gewerbeaufsichtsamt am 3. 1. 1993 aufgrund einer gleichzeitigen Mitteilung von AOK und Finanzamt Kenntnis. Die aufgelaufenen Rückstände belaufen sich mittlerweile auf 200 000 DM Lohnsteuer und 250 000 DM Sozialversicherungsabgaben. Am 5. 5. 1993 untersagt die Behörde dem S die weitere Ausübung seines Gewerbes. Zu Recht?

Lösung Fall 24

Die Verfügung ist rechtmäßig, wenn sie formell und materiell dem geltenden Recht entspricht. Rechtsgrundlage für die Verfügung ist § 35 Abs. 1 S. 1 GewO.

A. Formelle Mängel gehen aus dem Sachverhalt nicht hervor.

B. Materielle Rechtmäßigkeit

1. S müßte unzuverlässig sein.

a) Seine Unzuverlässigkeit könnte sich ergeben aus den

250000 DM rückständiger Sozialversicherungsabgaben. Fraglich ist jedoch, ob die Behörde diesen Sachverhalt berücksichtigen darf. Die Mitteilung der AOK an das Gewerbeaufsichtsamt könnte rechtswidrig gewesen sein. § 67 SGB X verbietet der AOK die Offenbarung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen. Eine Offenbarungsbefugnis nach § 69 Abs. 1 Nr. 1 SGB X i.V.m. § 35 SGB I besteht nicht. Das Gewerbeaufsichtsamt ist keine in § 35 SGB I genannte Stelle. Die Mitteilung der AOK war damit rechtswidrig. Fraglich ist jedoch, ob daraus ein Verwertungsverbot folgt. Gegen ein Verwertungsverbot spricht, daß das Gewerberecht zum Gefahrenabwehrrecht gehört. Insofern besteht ein grundsätzlicher struktureller Unterschied zum Strafprozeß (KRAUSE/STEINBACH, DÖV 1985, 549/557). Andererseits führt eine völlige Außerachtlassung der Herkunft einer Information im Verwaltungsverfahren zur Gefahr der Verwischung von rechtmäßigem und rechtswidrigem Staatshandeln (ARNDT, GewArch 1988, 281/291). Man wird deshalb differenzieren müssen: Wird „nur“ gegen eine Verfahrens- oder Formvorschrift verstoßen, folgt hieraus kein Verwertungsverbot. Wird hingegen in Grundrechte eingegriffen, ist von einem Verwertungsverbot auszugehen (so der Vorschlag von ARNDT, GewArch 1988, 281/291). Da die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse von Art. 14 Abs. 1 GG (eventuell auch von Art. 12 Abs. 1 GG) geschützt werden, dürfte im vorliegenden Fall ein Verwertungsverbot anzunehmen sein.

b) Die Unzuverlässigkeit des S könnte weiterhin aus den 200000 DM rückständigen Lohnsteuern folgen. § 30 Abs. 4 Nr. 1 AO erlaubt die Offenbarung nicht. Es handelt sich bei der Gewerbeuntersagung nicht um ein Verwaltungsverfahren in Steuersachen. Das gewerbliche Untersagungsverfahren dient nicht der Durchsetzung steuerrechtlicher Pflichten (KRAUSE/STEINBACH, DÖV 1985, 549/552). § 30 Abs. 4 Nr. 5 AO jedoch erlaubt die Mitteilung des Finanzamtes an das Gewerbeaufsichtsamt (BVerwGE 65, 1/6). Da die Arbeitnehmer Steuerschuldner bleiben, damit letztlich um diese Summe von S geprellt werden, besteht ein zwingendes öffentliches Interesse für die Offenbarung. Es handelt sich um einen gravierenden Verstoß gegen Steuervorschriften. Dieser Sachverhalt begründet weiterhin auch die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit

2. Die Unzuverlässigkeit müsste eine konkrete Gefahr für die Allgemeinheit oder die im Betrieb Beschäftigten hervorrufen. Jedenfalls letzteres ist der Fall. Den Beschäftigten drohen eigene Zahlungsschwierigkeiten, wenn das Finanzamt ihnen gegenüber die Steuerforderungen durchsetzt.

3. Fraglich ist, ob die Maßnahme erforderlich ist. Dies ist dann nicht der Fall, wenn es ein milderes Mittel gibt. Zu denken ist an ein gegenüber S auszusprechendes Verbot, Arbeitnehmer zu beschäftigen. Die Ausübung eines Dachdeckerbetriebes ohne Beschäftigte ist jedoch kaum denkbar.

Ergebnis: Die Verfügung ist rechtmäßig.

Fall 25

U betreibt seit 1991 ein Abbruch- und Aufräumunternehmen. Seit 1981 war er in verschiedenen Sparten als Gewerbetreibender tätig. Er verstößt seitdem bis heute ständig gegen Steuer- und Sozialversicherungsvorschriften, vor allem durch die Beschäftigung von Schwarzarbeitern. Die zuständige Behörde untersagt U deshalb mit Bescheid vom 12. 12. 1992 die Ausübung des Gewerbes eines Abbruch- und Aufräumunternehmens sowie die Ausübung jedes anderen Gewerbes. Hiergegen erhebt U Anfechtungsklage. Wäre die Klage begründet?

Lösung Fall 25

Klage wäre begründet, soweit die Verfügung gegen U rechtswidrig wäre (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO). Dann wäre U als Adressat der Verfügung auch in seinen Rechten verletzt.

I. Untersagung der Tätigkeit als Gewerbetreibender für Abbruch- und Aufräumarbeiten

U übt ein Gewerbe aus. Das ständige Verstoßen gegen steuer- und sozialversicherungsrechtliche Vorschriften begründet seine Unzuverlässigkeit. Das Verbot ist zum Schutz von Allgemeinheit und Arbeitnehmern erforderlich und damit rechtmäßig.

II. Erstreckung des Verbots auf jede Gewerbetätigkeit

Befugnisnorm für eine sog. erweiterte Gewerbeuntersagung ist § 35 Abs. 1 S. 2 GewO. Der Verstoß gegen Steuer- und Sozialversicherungsvorschriften in verschiedenen Gewerbearten begründet die Annahme, daß U für die Ausübung jeden Gewerbes unzuverlässig ist. Fraglich ist jedoch, ob auch diese Verfügung (bzw. dieser Teil der Verfügung) erforderlich ist. Dies ist dann der Fall, wenn nicht auszuschließen ist, daß U auf andere Gewerbe „umsteigen“ wird (vgl. BVerwGE 65, 9/10). Eine solche Prognose ist aufgrund der Tatsache, daß U bereits verschiedene Gewerbe ausgeübt hat, zu stellen. Auch die Erstreckung des Verbotes auf jede Gewerbetätigkeit ist daher rechtmäßig.

Ergebnis: Die Klage wäre unbegründet.

Fall 26

S (Fall 24) erhebt nach erfolglosem Widerspruchsverfahren im Juli 1993 Anfechtungsklage. Im November 1993 trägt er schriftsätzlich vor, daß er am 3. 11. 1993 eine Millionärswitwe geheiratet habe. Er habe mittlerweile alle seine Schulden beglichen. Für die Zukunft seien keine finanziellen Probleme zu erwarten. Ist die Klage begründet?

Lösung Fall 26

Die Klage wäre begründet, wenn die Verfügung rechtswidrig wäre (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO i. V. m. der sog. Adressatentheorie).

I. Gegen die formelle Rechtmäßigkeit ergeben sich aus dem Sachverhalt keine Bedenken.

II. Materielle Rechtmäßigkeit

S war im Augenblick des Erlasses der Verfügung und auch bei Erlass des Widerspruchsbescheides unzuverlässig (siehe Lösung Fall 24). Im November 1993 ist er es nicht mehr. Fraglich ist, welches der maßgebliche Entscheidungszeitpunkt für das Verwaltungsgericht ist. Das BVerwG (E 65, 1 ff.) schließt aus dem An-

tragserfordernis des § 35 Abs. 6 S. 1 GewO, daß strikt zwischen Untersagungs- und Wiedergestattungsverfahren zu unterscheiden ist. Der Entlastungseffekt, der dadurch für die Behörden erreicht werden solle, habe Einfluß auf den maßgeblichen Entscheidungszeitpunkt. Daher handele es sich bei der Gewerbeuntersagung nicht um einen Dauerverwaltungsakt, sondern einen Zeitpunktverwaltungsakt. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Behördenentscheidung sei allein die letzte Behördenentscheidung. Der Bescheid ist daher rechtmäßig. Die Klage ist unbegründet.

Fall 27

I ist seit 1960 als Kfz-Sachverständiger beim D-e.V. angestellt. Er verfaßt seitdem eigenverantwortlich Verkehrsgutachten für Polizei, Staatsanwaltschaft und Gerichte. Bei der zuständigen IHK beantragt er 1992 die öffentliche Bestellung und Vereidigung als Sachverständiger für das Sachgebiet „Straßenverkehrsunfälle“. Nach § 2 Abs. 1 der als Satzung erlassenen Sachverständigenordnung (SO) der IHK kommt eine Bestellung und Vereidigung nur in Betracht, wenn hierfür ein Bedarf besteht. Die IHK lehnt deshalb die Bestellung ab. Es gäbe bereits genügend öffentlich bestellte Sachverständige für diesen Bereich. Nur durch eine restriktive Bestellpraxis könne das ratsuchende Publikum qualifizierte von weniger qualifizierten Sachverständigen unterscheiden. Auch das Qualifikationsniveau der öffentlich bestellten Sachverständigen ließe sich nur dann halten, wenn nur eine bestimmte Anzahl von Bewerbern, die formal die Kriterien für die Bestellung erfüllen, bestellt würden. Wenige Aufträge für den einzelnen öffentlich bestellten Sachverständigen verminderten dessen Bereitschaft zur Weiterbildung. Zudem verursache ein Bestellungsanspruch „auf eigenen Wunsch“ einen unnützen Verwaltungsaufwand. Wäre eine Verpflichtungsklage des I auf öffentliche Bestellung begründet?

Lösung Fall 27

Die Klage wäre begründet, wenn S einen Anspruch auf öffentliche Bestellung hätte (§ 113 Abs. 5 S. 1 VwGO).

I. Der Anspruch könnte sich aus Art. 12 Abs. 1 GG herleiten. Die Nichtbestellung als Sachverständiger führt zu einem Wettbewerbsnachteil gegenüber denjenigen, die über eine Bestellung verfügen. Dieser Nachteil begründet – zumindest nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts – einen Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit. Soweit sich der Eingriff verfassungsrechtlich nicht rechtfertigen ließe, hätte er zu unterbleiben. Denn bei der „Aktivierung“ der Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte gibt es ein „definitives verfassungsmäßiges Gegenteil“, nämlich die Unterlassung des Eingriffs. Die Unterlassung hätte zu erfolgen durch die öffentliche Bestellung. Die Möglichkeit der öffentlichen Bestellung sieht § 36 Abs. 1 S. 2 GewO im übrigen auch für Nichtgewerbetreibende vor.

II. Der Eingriff in die Berufsfreiheit des S könnte jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein.

1. Nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG kann ein Eingriff in die Berufsfreiheit auch aufgrund eines Gesetzes, also durch die SO erfolgen. Diese sieht eine Bestellung nur bei Bedarf vor. Ein solcher Bedarf besteht nicht, da genügend andere Sachverständige vorhanden sind.

2. Fraglich ist jedoch, ob die Satzung wirksam ist.

a) Sie hält sich im Rahmen einer formell-gesetzlichen Grundlage. § 2 SO konkretisiert die Voraussetzungen für die öffentliche Bestellung als Sachverständiger gemäß § 36 Abs. 4 S. 2 i. V. m. Abs. 3 GewO.

b) § 36 Abs. 4 S. 2 GewO als formell-gesetzliche Grundlage muß mit den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen vereinbar sein. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG gilt zwar für Satzungsermächtigungen nicht (BVerfGE 33, 125/156f.). Dafür sind aber die Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie zu beachten. Fraglich könnte insofern sein, ob nicht der Gesetzgeber selbst Auswahlkriterien aufstellen muß. Das wäre zumindest dann der Fall, wenn die nach § 36 GewO für die Bestellung zuständige Stelle zu einer Auswahlentscheidung im Hinblick auf mehrere Bewerber aufgerufen wäre. Die Satzungsermächtigung muß deshalb restriktiv dahingehend verstanden werden, daß die IHK allein darüber entscheiden soll, ob für bestimmte Sachgebiete Sachverständige bestellt werden oder nicht.

Hinweis: Die geplante Neufassung des § 36 GewO (BR-Drs. 365/93) stellt dies klar.

2. Der Eingriff durch § 2 SO in das Grundrecht der Berufsfreiheit müßte weiterhin mit der 3-Stufen-Theorie vereinbar sein.

a) Fraglich ist zunächst, auf welcher Stufe der Eingriff erfolgt. Ob es sich um eine Ausübungs- oder eine Wahlregelung handelt, entscheidet sich nach dem Berufsbild. Öffentlich bestellte und „normale“ Sachverständige üben keine verschiedenen Berufe aus. Ihre Tätigkeit ist weitgehend identisch. Es handelt sich deshalb um eine Ausübungsregelung.

b) Ausübungsregelungen sind dann zulässig, wenn sie sich auf vernünftige Erwägungen des Allgemeinwohls stützen lassen. Im vorliegenden Fall hat die Ausübungsregelung schwerwiegende Folgen für die berufliche Tätigkeit der Sachverständigen, die nicht öffentlich bestellt und vereidigt sind. Es liegt eine objektive Bedürfnisplanung vor, für die verschärfte Anforderungen unter dem Aspekt des Übermaßverbotes gelten. Das verfolgte Regelungsziel muß erhebliches Gewicht haben.

(1) Nach Auffassung der IHK soll eine restriktive Bestellpraxis die Überschaubarkeit des Angebotes wahren und so das Auffinden geeigneter Sachverständiger erleichtern. Die Öffentlichkeit ist jedoch eher an einer Erweiterung als einer Verengung des Angebotes interessiert. § 36 GewO will zudem die Auswahl zwischen besonders qualifizierten und weniger qualifizierten Sachverständigen erleichtern. Dieses Ziel zu erreichen, ist die restriktive Bestellpraxis jedoch *ungeeignet*, denn sie führt dazu, daß qualifizierte Sachverständige nicht als solche zu erkennen sind.

(2) Weiterhin soll die zahlenmäßige Beschränkung dazu dienen, das erforderliche Qualifikationsniveau zu gewährleisten. Insoweit liegt jedoch ebenfalls ein Verstoß gegen den Grundsatz der Geeignetheit als Bestandteil des Übermaßverbotes vor. Die notwendige Qualifikation ist bereits Voraussetzung für die Bestellung. Abgesehen hiervon wäre auch das Prinzip der Erforderlichkeit nicht gewahrt. Selbst wenn die Bereitschaft zur Teilnahme an Weiterbildungsmaßnahmen von einer entsprechenden Zahl von Aufträgen abhinge, könnte doch die Auferlegung einer Pflicht zur Teilnahme an sol-

chen Veranstaltungen als milderer und gleichermaßen wirksames Mittel eingesetzt werden.

(3) Weiterhin beruft sich die IHK auf den entstehenden Verwaltungsaufwand für die Bestellung und Kontrolle der öffentlich bestellten Sachverständigen. Die Vermeidung von Verwaltungskosten legitimiert Eingriffe in grundrechtliche Freiheiten jedoch nicht. Zudem ist es unzulässig, allein aus Gründen der leichteren staatlichen Überwachung die *Berufswahl* zu beschränken. Im vorliegenden Fall handelt es sich zwar um eine Ausübungsregelung. Aufgrund der Intensität des Eingriffs steht sie insofern einer Berufswahlregelung jedoch nahe.

Ergebnis: Der Eingriff wäre mit dem Übermaßverbot nicht zu vereinbaren. Er hat deshalb zu unterbleiben. § 2 Abs. 1 SO läßt sich dahingehend interpretieren, daß eine Bedarfsprüfung nur für die Frage stattfindet, ob für ein bestimmtes Gebiet überhaupt öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige bestellt werden. Erkennt die IHK einen solchen Bedarf aber grundsätzlich an, muß sie jeden öffentlich bestellen und vereidigen, der die erforderliche Qualifikation nachweist.

Fall 28

Z ist Abonnements-Zeitschriftenwerber in einer „Drückerkolonne“. Bei einer Kontrolle fällt auf, daß ihm die Reisegewerbekarte wegen Unzuverlässigkeit entzogen worden ist. Die Behörde untersagt deshalb Z das weitere Tätigsein als Zeitschriftenwerber. Z beruft sich darauf, seine Tätigkeit sei aus einfachrechtlichen und grundrechtlichen Gründen erlaubnisfrei. Zu Recht?

Lösung Fall 28

Befugnisnorm für die Untersagung ist § 60d GewO. Z könnte das Reisegewerbe entgegen § 55 Abs. 2 GewO ausüben.

1. Zunächst müßte ein Reisegewerbe vorliegen. Dies ist nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO der Fall. Z sucht Bestellungen auf. Auf Selbständigkeit der Tätigkeit kommt es nicht an.

2. Die Tätigkeit des Z könnte jedoch nach § 55a Abs. 1 Nr. 10 GewO reisegewerbekartenfrei sein. Z bietet jedoch die Druckerzeugnisse nicht an öffentlichen Orten an.

3. Die Erlaubnispflichtigkeit der Zeitschriften-Abonnementswerbung könnte gegen Art. 5 Abs. 1 GG verstoßen (Garantie der Pressefreiheit). Die §§ 55 ff. GewO dienen dem Schutz der Konsumenten und sind deshalb allgemeine Gesetze nach Art. 5 Abs. 2 GG, die die Pressefreiheit zulässig beschränken (BGH, NJW 1978, 1967f.)

Ergebnis: Die Verfügung ist rechtmäßig.

Fall 29

S betreibt einen Spielzeugstand auf Volksfesten. Auf einer Veranstaltung in der Gemeinde G verletzen sich mehrere Besucher durch Stromschläge, weil die Isolierung der elektrischen Kabel an der Bude des S durchgescheuert ist. Trotz mehrerer Aufforderungen durch zuständige Stellen hat S die Mängel bisher nicht abgestellt. Er ist der Meinung, die Besucher sollten selbst „aufpassen“. Die Stadt M untersagt deshalb dem S die Teilnahme am in wenigen Wochen stattfindenden Schützenfest, das nach § 60b i. V. m. § 69 GewO festgesetzt ist. Sie beruft sich auf § 35 Abs. 1 GewO. Ist die Entscheidung rechtmäßig?

Lösung Fall 29

Nein. § 35 Abs. 1 S. 1 GewO ist auf die Teilnahme an einem gemäß § 69 GewO festgesetzten Markt (auch i. V. m. § 60b GewO) nicht anwendbar. Vielmehr enthält § 70a GewO (i. V. m. § 60b Abs. 2 GewO) eine besondere Befugnisnorm. Dies ist sachlich wichtig. § 70a GewO ist anders als § 35 Abs. 1 GewO eine Ermessensentscheidung. Eine Umdeutung scheidet deshalb aus (§ 47 Abs. 3 VwVfG). Eine weitere denkbare Reaktion der Behörden bestände im übrigen darin, S gemäß §§ 48, 49 VwVfG die Reisegewerbekarte zu entziehen.

Fall 30

K ist Kaufmann, der Waren (vor allem Pfannen und Töpfe) auf Märkten verkauft. Die Gemeinde G veranstaltete in den letzten 20 Jahren regelmäßig Ende Juni einen Jahrmarkt als Krammarkt. Der Markt wurde jeweils jährlich festgesetzt. Festsetzungsbehörde ist die Bezirksregierung in S. Für dieses Jahr will die Gemeinde auf einen Markt verzichten, da es im letzten Jahr zu einer gewalttätigen Auseinandersetzung unter den Besuchern mit 2 Toten und mehreren Schwerverletzten gekommen war. K bittet seinen Rechtsanwalt Dr. R zu prüfen, ob die Gemeinde G gerichtlich zur Durchführung des Marktes auch in diesem Jahr gezwungen werden kann. Welche Auskunft wird R geben?

Lösung Fall 30

Zu denken wäre an die Erhebung einer allgemeinen Leistungsklage gegen die Gemeinde G mit dem Ziel, die Gemeinde zu verpflichten, bei der Bezirksregierung in S den Antrag auf Festsetzung für dieses Jahr zu stellen. Die Klage wäre aber nur dann zulässig, wenn K analog § 42 Abs. 2 VwGO klagebefugt wäre. Dies ist jedoch nicht der Fall. Weder § 60b noch §§ 64–71 b GewO geben Marktkaufleuten ein subjektiv-öffentliches Recht auf eine Veranstaltung, auch kein entsprechendes formelles subjektiv-öffentliches Recht, also einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensentscheidung (vgl. auch OVG Koblenz, NVwZ-RR 1993, 76). Selbst § 69 Abs. 2 GewO, der für bestimmte Markttypen eine Verpflichtung zur Durchführung einer festgesetzten Veranstaltung vorsieht, gibt den Marktkaufleuten kein subjektives Recht, sondern verpflichtet den Veranstalter nur gegenüber der Behörde. Auch aus Art. 3 Abs. 1 GG dürfte sich kein Anspruch herleiten lassen. Die Gemeinde G hat einen plausiblen Grund, warum sie die Veranstaltung nicht durchführen will. Dr. R wird deshalb von der Erhebung einer verwaltungsgerichtlichen Klage abraten.

Fall 31

Die L-Genossenschaft beantragt bei der zuständigen Behörde die Festsetzung einer Messe für Landmaschinentechnik vom 1. 5. – 7. 5. in G, die in Zukunft um dieselbe Zeit regelmäßig einmal jährlich stattfinden soll. Die Festsetzung wird zunächst antragsgemäß vorgenommen. Einen Monat vor Beginn der ersten Veranstaltung hebt die Behörde den Feststellungsbescheid mit Schreiben gegenüber L jedoch wieder auf. Sie begründet dies damit, daß in den Monaten April bis Juni bereits regelmäßig 5 weitere Landmaschinentechnikmessen stattfänden. Diese hätten eine größere Tradition und deshalb Vorrang gegenüber einer weiteren Veranstaltung in G. Für die Messe in G bestände kein Bedarf. Die L-Genossenschaft findet sich hiermit ab und teilt den Ausstellern mit, daß die Veranstaltung abgesagt werden müsse. Die A-Werke, die die Messe in G beschicken wollten, planen nun, gegen die Aufhebung der Festsetzung gerichtlich vorzugehen. Wäre eine Klage begründet?

Lösung Fall 31

Die Klage wäre begründet, wenn der Bescheid der Regierung rechtswidrig wäre und A in ihren Rechten verletzte (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).

I. Rechtswidrigkeit

Eine mögliche Befugnisnorm für die Aufhebung der Festsetzung könnte in § 69b Abs. 2 S. 1 2. HS GewO zu sehen sein. Der Behörde sind nachträglich Tatsachen bekannt geworden, die sie zu einer anderen Entscheidung veranlaßt haben. Eine Rücknahme ist jedoch nur dann möglich, wenn die Tatsachen die Ablehnung der Festsetzung gerechtfertigt hätten. Das ist jedoch nicht der Fall. Die Voraussetzung des § 64 Abs. 1 GewO sind erfüllt. Deshalb war die Behörde zur Festsetzung verpflichtet (§ 69 Abs. 1 S. 1 GewO). Konkurrenzschutzüberlegungen haben außer Betracht zu bleiben. Auch sonstige Aufhebungsgründe (z. B. § 69b Abs. 2 S. 2 GewO) rechtfertigen die Aufhebung der Festsetzung nicht. Der Bescheid war deshalb rechtswidrig.

II. Rechtsverletzung

Fraglich ist jedoch, ob A durch die Aufhebung in ihren Rechten verletzt ist. A ist nicht Adressatin der Verfügung. Ein rechtlich geschütztes Interesse auf Durchführung der Veranstaltung ergibt sich auch nicht aus § 69 Abs. 2 GewO. Die Vorschrift gilt nicht für Messen und verpflichtet zudem nur den Veranstalter gegenüber der Behörde.

Ergebnis: Die Klage ist unbegründet.

Fall 32

I ist Inhaber eines Riesenrades. Er bewirbt sich für einen Stand auf dem Volksfest (§ 60 b GewO) der Gemeinde G. Von der Gemeinde erhält er folgende Mitteilung: „Sie sind für die Teilnahme am Volksfest vorgesehen. Unterzeichnen Sie bitte die beiliegende Vereinbarung.“ Die Vereinbarung enthält zunächst noch einmal die Zusage über die Zulassung zum Fest, dann die genaue Bezeichnung des Standorts sowie die Höhe der Standgebühren, die sich aus einer Gebührensatzung der Gemeinde errechnet. Der Vertrag ist vom Bürgermeister der Gemeinde G bereits unterzeichnet. I sendet ihn unterschrieben zurück. Nach Beendigung des Festes weigert sich I, die vereinbarte Vergütung zu zahlen. G klagt deshalb vor dem Zivilgericht. Ist der Zivilrechtsweg gegeben?

Lösung Fall 32

Der Zivilrechtsweg ist nach § 13 GVG nur dann gegeben, wenn es sich um eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit handelt. Es könnte sich jedoch im vorliegenden Fall um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handeln (§§ 54 ff. VwVfG). Den Gegenstand des Vertrages bildet die Zulassung zum Volksfest. Dieser Gegenstand wird maßgeblich von Normen des öffentlichen Rechts geregelt (Gewerbeordnung, Kommunalrecht, Satzung). Es handelt sich deshalb um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag. Der Zivilrechtsweg ist nicht gegeben.

Fall 33

Riesenradinhaber K hat sich ebenfalls um einen Standplatz auf dem Volksfest (Fall 32) bemüht. Er erhält jedoch von der Gemeinde G die Mitteilung, daß er nicht berücksichtigt werden könne. Der einzige geeignete Standplatz für ein Riesenrad sei an I vergeben. Das Schreiben hat die Form eines normalen Briefes. Eine Rechtsbehelfsbelehrung ist nicht enthalten. K will im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes versuchen, beim Verwaltungsgericht gegen diese Entscheidung vorzugehen und seinen Anspruch auf Teilnahme sichern. Welche Anträge muß K stellen?

Lösung Fall 33

Fraglich ist, ob K einstweiligen Rechtsschutz über §§ 80, 80a VwGO oder nach § 123 VwGO erreichen kann. Dafür kommt es darauf an, inwieweit ein Verwaltungsakt vorliegt, der entweder an I gerichtet ist und K belastet (§ 80a Abs. 1 VwGO) oder an K gerichtet ist und I begünstigt (§ 80a Abs. 2 VwGO).

Die Vergabe des Standes an I beruht nicht auf einem Verwaltungsakt. Die Behörde will mit I einen öffentlich-rechtlichen Vertrag schließen. Beruht aber die positive Zulassungsentscheidung nicht auf einem Verwaltungsakt, ist nicht anzunehmen, daß die negative Entscheidung gegenüber K durch Verwaltungsakt erfolgen soll, zumal dem Schreiben keine Rechtsbehelfsbelehrung beigefügt ist.

Einstweiliger Rechtsschutz richtet sich deshalb nach § 123 VwGO. K muß versuchen zu erreichen, daß mit I kein Vertrag abgeschlossen wird und daß er vorläufig den Stand zugewiesen bekommt. Auch wenn der Vertrag zwischen G und I bereits abgeschlossen wäre, jedoch K den Anspruch auf Zuweisung hätte, könnte der zweite Antrag aufrechterhalten werden. Denn der Vertrag zwischen G und I wäre nach § 58 Abs. 1 VwVfG unwirksam.

Fall 34

Das Verwaltungsgericht hält die Entscheidung der Gemeinde G nach vorläufiger Prüfung für rechtswidrig. Kann es K einen

Standplatz zuweisen, wenn die Entscheidung zur Hauptsache erst nach dem Ende des Volksfestes ergehen kann?

Lösung Fall 34

Das Verwaltungsgericht steht vor dem Problem, daß es grundsätzlich im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Hauptsache nicht vorwegnehmen darf (REDEKER/VON OERTZEN, § 123 Rdnr. 13). Dies würde aber geschehen, wenn es K für die Dauer der Veranstaltung einen Platz zuweisen würde. Die Zuweisung eines Platzes kommt deshalb nur dann in Betracht, wenn es ansonsten für den Antragsteller zu unzumutbaren Nachteilen käme. Dies wäre etwa dann der Fall, wenn die Entscheidung der Gemeinde für den Antragsteller existenzgefährdend wirkt (vgl. SCHALT, GewArch 1991, 409/410). Ansonsten wäre K darauf verwiesen, seinen Schaden gegen die Gemeinde G im Wege der Amtshaftung geltend zu machen.

Fall 35

N ist als wirtschaftlicher Berater bei Existenzgründungen tätig. Nach einem Existenzgründungsprogramm des Landes S können die Kosten für die Beratung u. U. erstattet werden, wenn die Gründung des Unternehmens durch öffentliche Zuschüsse gefördert worden ist. Existenzgründungswillige fragen deshalb häufiger bei der IHK in K nach entsprechenden Beratern an. Die IHK nennt dann 2–3 Berater aus einer Liste von 12 Beratungsfirmen, die sie als ihr geeignet scheinend zusammengestellt hat. N ist in dieser Liste nicht genannt, da ihn die IHK aufgrund verschiedener Meinungsverschiedenheiten in der Vergangenheit für einen Querulanten hält und ihm die notwendige Eignung für die Tätigkeit als Gründungsberater abspricht. N beziffert den dadurch entstehenden Umsatzverlust auf ca. 80000 DM im Jahr. Er erhebt Feststellungsklage zum Verwaltungsgericht, daß die Benennungspraxis der IHK ihn rechtswidrig in seinen Grundrechten beeinträchtigt. Ist die Klage begründet?

Lösung Fall 35

Die Klage wäre begründet, wenn N rechtswidrig in seinen Grundrechten beeinträchtigt wird.

I. Schutzbereich

In Betracht kommt ein Eingriff in das Grundrecht des N aus Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit). Die Tätigkeit als Gründungsberater fällt in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG.

II. Eingriff

Die Beeinträchtigung erfolgt mittelbar dadurch, daß N von der IHK nicht benannt wird. Auch eine mittelbare Beeinträchtigung ist dann ein Eingriff, wenn es zu erheblichen Beeinträchtigungen kommt. Aufgrund der Umsatzeinbußen ist eine erhebliche Beeinträchtigung anzunehmen.

III. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Eingriff könnte verfassungsrechtlich gerechtfertigt sein (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG). Es fehlt jedoch an einer gesetzlichen Grundlage für den Eingriff. Vor allem rechtfertigt § 1 Abs. 1 IHKG Eingriffe in Grundrechte nicht (BVerwG, GewArch 1992, 138/140). Die Bestimmung enthält nur eine Förderpflicht und wäre als Eingriffsnorm zu unbestimmt.

Ergebnis: Die Benennungspraxis der IHK greift rechtswidrig in das Grundrecht des N aus Art. 12 Abs. 1 GG ein.

Fall 36

D betreibt ein Dachdeckerunternehmen mit 500 Arbeitnehmern. Ist D in die Handwerksrolle einzutragen?

Lösung Fall 36

Nach § 6 Abs. 1 HandwO ist D einzutragen, wenn er ein Handwerk betreibt.

1. Die Tätigkeit des D müßte handwerksfähig sein (§ 1 Abs. 2 HandwO). Das ist der Fall. Das Dachdeckergerwerb ist in Anlage A zu § 1 Abs. 2 HandwO unter Nr. 6 aufgeführt.

2. Fraglich ist jedoch, ob das Gewerbe des D auch handwerksmäßig betrieben wird. Ein zentrales Merkmal hierfür ist die Mitwirkung des Inhabers des Gewerbes im Produktionsablauf („Der Chef legt selbst Hand an.“) Bei 500 Arbeitnehmern wird sich der Inhaber üblicherweise jedoch auf eine Kontrolltätigkeit beschränken. Ein handwerksmäßiger Betrieb dürfte deshalb nicht vorliegen.

Fall 37

A bestand 1956 die Meisterprüfung im Zentralheizungs- und Lüftungsbauerhandwerk. Er wurde in die Handwerksrolle eingetragen. Später eröffnete A auch ein Ingenieurbüro, das sich mit der Projektierung von Heizungs- und Lüftungsanlagen befaßt. Hierin bestand mehr und mehr seine Hauptbeschäftigung. In den letzten Jahren führt er pro Jahr nur noch für 12–15 Kunden handwerkliche Arbeiten aus. Die Handwerkskammer ist der Meinung, daß die Voraussetzungen für die Eintragung des A in die Handwerksrolle nicht mehr vorliegen, da die Unerheblichkeitsgrenze des § 3 Abs. 2 HandwO nicht mehr überschritten wird. Die Kammer kündigt die Löschung des A in der Handwerksrolle an. Zu Recht?

Lösung Fall 37

Die Mitteilung über die Löschung ist ein Verwaltungsakt. Befugnisgrundlage ist § 13 Abs. 1 HandwO. Fraglich ist, ob die Voraussetzungen für die Eintragung in der Handwerksrolle noch vorliegen.

1. A hat einen handwerksfähigen Betrieb (§ 1 Abs. 2 HandwO i. V. m. Nr. 33 der Anlage A zu § 1 Abs. 2 HandwO).
2. An der Handwerksmäßigkeit der Tätigkeit bestehen keine Zweifel.
3. Arbeiten für 12–15 Kunden pro Jahr sind auch ausreichend, um von einem Gewerbe i. S. v. § 1 Abs. 1 GewO auszugehen. Es handelt sich nicht um eine Bagatelltätigkeit.

4. Allerdings ist die Unerheblichkeitsgrenze des § 3 Abs. 2 HandwO nicht erreicht. § 3 Abs. 2 HandwO ist aber nur dann anwendbar, wenn es sich bei der Ausübung des Zentralheizungs- und Lüftungsbauerhandwerks um einen Nebenbetrieb zum Ingenieurbüro handeln würde. Eine organisatorische Verbundenheit ist anzunehmen. Fraglich ist aber das Vorliegen der fachlich-technischen Verbundenheit. Die handwerklichen Tätigkeiten dienen nicht der technisch-konstruktiven Tätigkeit als Ingenieur. Allenfalls sind die Ingenieurleistungen für den Handwerksbetrieb von Bedeutung (so OVG Münster, GewArch 1978, 95/97). Ein Nebenbetrieb liegt deshalb nicht vor. A ist zu Recht eingetragen.

Ergebnis: Die Mitteilung über die Lösungsabsicht ist rechtswidrig.

Fall 38

D hat die Gesellenprüfung im Kfz-Mechaniker-Handwerk bestanden. Er eröffnet daraufhin eine Tankstelle. Dort führt er auch Kfz-Reparaturen aus, die sich in kürzerer Zeit erledigen lassen, meist während der Kunde an der Tankstelle wartet. Umsatz und Arbeitszeit liegen unterhalb der Schwelle des § 3 Abs. 2 HandwO. Die Handwerkskammer verlangt von der zuständigen Behörde die Untersagung der Handwerksausübung durch Verfügung gegenüber D. Diese ist der Auffassung, die Voraussetzungen für ein Einschreiten lägen nicht vor. Hätte eine Klage der Handwerkskammer gegen die Behörde Aussicht auf Erfolg?

Lösung Fall 38

Die Klage hätte Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet wäre.

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 Abs. 1 VwGO)

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor. Streitentscheidend sind Normen des öffentlichen Rechts, nämlich der HandwO (siehe auch § 16 Abs. 3 S. 2 HandwO).

II. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)

Bei der Klage der Handwerkskammer handelt es sich um eine Verpflichtungsklage. Die Kammer ist nach § 16 Abs. 3 S. 2 HandwO klagebefugt. Sie hat ein formell subjektives Recht auf Einschreiten bei Vorliegen der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen.

III. Vorverfahren (§§ 68ff. VwGO)

Vor Erhebung der Klage wäre Widerspruch einzulegen.

B. Begründetheit

Befugnisnorm für eine Untersagung ist § 16 Abs. 3 S. 1 HandwO. Nach § 113 Abs. 5 S. 2 VwGO wird das Gericht die zuständige Behörde zur ermessensfehlerfreien Entscheidung über ein Eingreifen verpflichtet, wenn die Voraussetzungen für eine Untersagung vorliegen. Fraglich ist, ob D einen Handwerksbetrieb entgegen den Vorschriften der Handwerksordnung betreibt. D ist nicht in die Handwerksrolle eingetragen. Dies könnte jedoch entbehrlich sein, wenn § 3 Abs. 2 HandwO anwendbar ist. § 3 Abs. 2 HandwO setzt voraus, daß es sich bei dem Kfz-Reparaturbetrieb um einen Nebenbetrieb zur Tankstelle handelt. Fraglich ist die fachlich-technische Verbundenheit zwischen beiden Betriebsteilen. Die Durchführung kleinerer Reparaturarbeiten rundet das Angebot der Tankstelle ab. Dies entspricht den Erwartungen der Kunden, die bei kleineren Defekten Hilfe an der Tankstelle erwarten. Ein Nebenbetrieb liegt deshalb vor (BVerwG, GewArch 1987, 25/26). Da die Grenze des § 3 Abs. 2 HandwO nicht erreicht wird, kommt eine Eintragung nicht in Betracht.

Ergebnis: Die Klage der Handwerkskammer wäre (nach Durchführung des Widerspruchsverfahrens) zulässig, aber unbegründet.

Fall 39

P betreibt ein Einzelhandelsgeschäft mit Parfümeriewaren und Kosmetikartikeln. Ferner bietet sie kosmetische Dienstleistungen an, mit denen sie etwa 15% des Gesamtumsatzes erzielt. Ist P in das Verzeichnis der Inhaber handwerksähnlicher Betriebe einzutragen?

Lösung Fall 39

Nach § 19 HandwO wäre P einzutragen, wenn sie einen handwerksähnlichen Betrieb betreibt. Ein handwerksähnliches Gewerbe ist die Tätigkeit als Schönheitspflegerin (Nr. 37 der Anlage B zu § 1 Abs. 2 HandwO). Die Schönheitspflege ist jedoch nur ein Nebenbetrieb zum Verkaufsgeschäft. Die Bestimmungen der §§ 2, 3 HandwO über Nebenbetriebe gelten für handwerksähnliche Betriebe jedoch nicht (siehe die Aufzählung des § 20 HandwO). Eine Eintragung hat daher nicht zu erfolgen (OVG Koblenz, GewArch 1992, 146f.).

Fall 40

E betreibt einen Gebrauchtwagenhandel. In einer Wartungshalle nimmt E an den von ihm angekauften Fahrzeugen vor dem Weiterverkauf kleinere oder größere Reparaturen vor, soweit ihm Defekte auffallen. Hierzu zählen auch Arbeiten an Bremsen oder der Austausch von Getriebe und Motor. Benötigt E für diese Tätigkeit einen großen Befähigungsnachweis als Kfz-Mechaniker?

Lösung Fall 40

Der große Befähigungsnachweis für das Kfz-Mechaniker-Handwerk (Nr. 26 der Anlage A zu § 1 Abs. 2 HandwO) könnte deshalb entbehrlich sein, weil es sich bei der Werkstatt um einen Hilfsbetrieb handelt (§ 3 Abs. 3 HandwO). Voraussetzung wäre, daß Arbeiten für den Hauptbetrieb ausgeführt werden. Hauptbetrieb ist der Gebrauchtwagenhandel. Die Reparaturen dienen allein dem besseren Weiterverkauf. Zwar werden die reparierten Fahrzeuge letztlich an Dritte verkauft. Ein unmittelbarer Leistungsaustausch mit ihnen findet jedoch nicht statt. Es liegt daher ein Hilfsbetrieb vor (BVerwG, GewArch 1986, 297). E benötigt keinen großen Befähigungsnachweis.

Fall 41

Die S-GmbH beantragt, mit dem Kfz-Mechaniker-Handwerk in die Handwerksrolle eingetragen zu werden. Als Betriebsleiter (§ 7 Abs. 4 HandwO) soll ein 67-jähriger Kfz-Meister fungieren, der bei 10 Stunden wöchentlicher Arbeitsverpflichtung monatlich 400 DM verdienen soll. Die Behörde lehnt die Eintragung ab. Hiergegen erhebt die S-GmbH Widerspruch. Hat der Widerspruch Aussicht auf Erfolg?

Lösung Fall 41

Der Widerspruch ist dann erfolgreich, wenn er zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit des Widerspruchs

1. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 Abs. 1 VwGO)

Streitentscheidende Norm ist § 7 HandwO. Dies ist eine Bestimmung des öffentlichen Rechts. Der Rechtsstreit ist deshalb öffentlich-rechtlicher Natur.

2. Statthaftigkeit des Widerspruchs

Die Eintragung ist ein Verwaltungsakt (§ 35 S. 1 VwVfG) und deshalb mit der Verpflichtungsklage zu erstreiten. Der Widerspruch ist statthaft.

3. Widerspruchsbefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO analog)

Die S-GmbH hat möglicherweise einen Anspruch auf die Eintragung. Ohne Eintragung droht zudem nach § 16 Abs. 3 S. 1 HandwO eine Betriebsuntersagung.

II. Begründetheit des Widerspruchs

Der Widerspruch ist begründet, wenn die S-GmbH einzutragen ist. Nach § 7 Abs. 4 S. 1 HandwO muß der Betriebsleiter die Meisterprüfung bestanden haben. R ist im Besitz des Meisterbriefs. Es stellt sich jedoch die Frage, ob er „Betriebsleiter“ im Sinne von § 7 Abs. 4 HandwO ist. Der Betriebsleiter muß die fachlich-technische Leitung des Handwerksbetriebes innehaben. Er muß gegenüber den handwerklich tätigen Betriebsangehörigen weisungsbefugt sein

und die handwerklichen Tätigkeiten wie ein selbständiger Handwerksmeister leiten (BVerwG, GewArch 1991, 352/353). Das ist jedoch bei 10 Stunden wöchentlicher Arbeitsverpflichtung nicht möglich. Auf diese Weise kann R vor allem seinen Kontrollverpflichtungen nicht nachkommen. Er kann die handwerkliche Güte der Arbeiten nicht gewährleisten. R hat deshalb nicht die Stellung, daß er als Betriebsleiter fungieren kann. Eine Eintragung der GmbH kommt deshalb nicht in Betracht.

Ergebnis: Der Widerspruch ist unbegründet.

Fall 42

Friseurmeister F ist in der Handwerksrolle der Handwerkskammer in H als Friseur eingetragen. Er betreibt das Handwerk jedoch seit zwei Jahren aus alters- und gesundheitlichen Gründen nicht mehr. F erhält deshalb eine Mitteilung der Handwerkskammer, in der ihm mitgeteilt wird, daß beabsichtigt sei, ihn aus der Handwerksrolle zu löschen. Hiergegen legt F Widerspruch ein, da er aus „versicherungstechnischen Gründen“ eingetragen bleiben will. Hat der Widerspruch Aussicht auf Erfolg?

Lösung Fall 42

Der Widerspruch hat Erfolg, wenn er zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit

1. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)

Streitentscheidende Normen sind Bestimmungen der Handwerksordnung. Bei der Handwerksordnung handelt es sich um ein öffentlich-rechtliches Gesetz. Der Verwaltungsrechtsweg ist deshalb gegeben.

2. Statthaftigkeit des Widerspruchs

Der Widerspruch ist nur dann statthaft, wenn die Mitteilung über die beabsichtigte Löschung (§ 16 Abs. 3 HandwO) ein Verwaltungsakt ist. Dies ist der Fall.

3. Widerspruchsbefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO analog)

F ist Adressat des Verwaltungsaktes. Es besteht deshalb die Möglichkeit einer Rechtsverletzung. F ist widerspruchsbefugt.

II. Begründetheit

Rechtsgrundlage für die Löschungsmitteilung ist § 13 Abs. 3 HandwO.

1. Formelle Mängel der Verfügung sind nicht ersichtlich.

2. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Löschungsmitteilung ist dann rechtmäßig, wenn die Eintragung des F in der Handwerksrolle zu löschen ist. Die Eintragung ist dann zu löschen, wenn die Voraussetzungen für die Eintragung nicht (in diesem Fall: mehr) vorliegen (§ 13 Abs. 1 HandwO). Nach § 7 Abs. 1 HandwO ist einzutragen, wer die Meisterprüfung bestanden hat. Das alleine genügt jedoch nicht. Hinzukommen muß, daß beabsichtigt ist, das Handwerk zu betreiben (siehe § 6 Abs. 1 HandwO: „zu betreibenden Handwerk“; OVG Hamburg, GewArch 1993, 75f.). Das ist bei F nicht mehr der Fall. Die Löschung ist deshalb zulässig, die Löschungsmitteilung rechtmäßig.

Ergebnis: Der Widerspruch wäre zulässig aber unbegründet.

Fall 43

M betreibt einen Autoreparaturbetrieb, ohne in die Handwerksrolle eingetragen zu sein. Das zuständige Gewerbeaufsichtsamt teilt mit, daß der weitere Betrieb des Gewerbes untersagt werden soll. M macht daraufhin geltend, dies sei rechtswidrig, denn die Behörde könne ihn eintragen. Er erfülle die Voraussetzungen. Wird die Behörde das Verbot aussprechen?

Lösung Fall 43

Befugnisnorm für die Untersagung ist § 16 Abs. 3 S. 1 HandwO.

1. Die Tatbestandsvoraussetzungen liegen vor. Das Gewerbe des Kraftfahrzeugmechanikers ist ein Handwerk nach Nr. 26 der Anlage A zur HandwO. M ist nicht in der Handwerksrolle eingetragen. Daher verstößt seine Tätigkeit gegen § 1 Abs. 1 HandwO.

2. Ermessen

Die Untersagung könnte unverhältnismäßig sein, da nur formelle Rechtswidrigkeit vorliegt. Eine Eintragung ist nach § 10 Abs. 1 HandwO auch nicht von einem Antrag abhängig, sondern kann von Amts wegen erfolgen. Das Gewerbeaufsichtsamt führt aber die Handwerksrolle nicht, sondern die Handwerkskammer (§ 6 Abs. 1 HandwO). Es ist daher nicht die Aufgabe des Amtes, die Eintragung herbeizuführen. Eine Untersagung ist deshalb kein Verstoß gegen den Grundsatz der Erforderlichkeit. Es handelt sich bei der lediglich formell rechtswidrigen Tätigkeit des A allerdings um einen wichtigen Ermessens Gesichtspunkt.

Fall 44

S repariert zerrissene Jeanshosen. Betreibt er ein handwerksähnliches Gewerbe?

Lösung Fall 44

S könnte das Gewerbe eines Flickschneiders betreiben (§ 18 Abs. 2 i. V. m. Nr. 30 der Anlage B). Das Reparieren von zerrissenen Jeanshosen gehört zwar zu den Aufgaben eines Flickschneiders. Durch die Beschränkung auf diese Tätigkeit ist allerdings das Gesamtbild des Gewerbes des S vom Erscheinungsbild eines Flickschneiderbetriebes so verschieden, daß nach der Verkehrsauffassung kein handwerksähnlicher Betrieb mehr vorliegt.

Fall 45

Die Handwerksinnung der Maurer in K ist laut einer in den sechziger Jahren genehmigten Satzung zuständig für den Bereich der kreisfreien Stadt K und einen kleineren Teil des Landkreises von K. Die Handwerkskammer verlangt durch förmlichen Bescheid eine Beschränkung des Innungsbezirkes auf den Bereich der Stadt K. Die Handwerksinnung erhebt hiergegen Widerspruch und nach dessen Zurückweisung Klage. Für die Verfügung gäbe es keine Rechtsgrundlage. Jedenfalls sei sie solange rechtswidrig, wie die Satzungs genehmigung nicht aufgehoben worden sei. Schließlich sei

die Innung durch den Bescheid in ihrem Grundrecht aus Art. 9 Abs. 1 GG verletzt. Ist die Klage begründet?

Lösung Fall 45

Die Klage ist begründet, wenn der Bescheid rechtswidrig ist und die Innung in ihren Rechten verletzt (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).

1. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Handwerkskammer ist für den Erlaß des Bescheides nach § 75 HandwO zuständig.

2. Materielle Rechtmäßigkeit

a) Rechtsgrundlage für die Verfügung ist § 75 HandwO. Die Befugnis zum Erlaß von aufsichtlichen Verwaltungsakten ist der Vorschrift durch Auslegung zu entnehmen.

b) Die Verfügung konkretisiert die Anforderungen des § 52 Abs. 2 S. 2 HandwO. Hierbei handelt es sich um eine rechtlich bindende Vorschrift.

c) Die Satzungsgenehmigung (§ 56 HandwO) steht der Verfügung nicht entgegen. Sie ist Teil des Rechtsetzungsverfahrens zum Erlaß der Satzung. Sie kann deshalb nicht mehr isoliert aufgehoben werden (BVerwG, GewArch 1992, 302 ff.).

d) Ein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 1 GG liegt nicht vor. Innungen sind Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 53 S. 1 HandwO) und damit nicht grundrechtsfähig. Die Bestimmung des Zuständigkeitsbezirkes betrifft sie als Träger staatlicher Verwaltungsfunktionen und nicht als Interessenverband (BVerwG, GewArch 1992, 302/304).

Ergebnis: Die Klage ist unbegründet.

Fall 46

G betreibt eine gaststättenrechtlich genehmigte Schank- und Speisewirtschaft. Im Laufe der Zeit kümmert er sich immer weniger um sein Geschäft. Er gibt keine Steuererklärungen ab und führt keine Steuern und Sozialversicherungsabgaben ab, was zu erheblichen Zahlungsrückständen geführt hat. Durch sein geringes Engagement

wird sein Lokal zudem zu einem Treff der Drogenszene. Die zuständige Behörde untersagt deshalb G die weitere Ausübung des Gewerbes unter Berufung auf § 35 Abs. 1 GewO. Ist die Verfügung rechtmäßig?

Lösung Fall 46

I. Die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 GewO liegen vor. G ist aus den im Sachverhalt genannten Gründen unzuverlässig.

II. Fraglich ist jedoch, ob § 35 GewO überhaupt anwendbar ist (§ 35 Abs. 8 S. 1 GewO). Dies ist zu verneinen. Nach § 15 Abs. 2 i. V. m. § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG ist die Gaststättengenehmigung zu widerrufen, wenn der Gastwirt unzuverlässig „wird“. § 35 Abs. 1 GewO ist daher nicht anwendbar.

III. Zu erwägen ist eine Umdeutung der Untersagung in einen Widerruf (§ 47 Abs. 1 VwVfG). Der Widerruf einer Gaststättenerlaubnis ist jedoch auf ein anderes Ziel gerichtet als die Untersagung nach § 35 GewO. Mit dem Widerruf wird die Legitimationswirkung eines Verwaltungsaktes aufgehoben, was die Anwendung des § 15 Abs. 2 GewO ermöglicht. Erst eine Verfügung nach § 15 Abs. 2 GewO entspricht dann der Untersagung nach § 35 GewO. § 15 Abs. 2 GewO ist jedoch anders als § 35 Abs. 1 S. 1 GewO eine Ermessensbestimmung. Eine Umdeutung kommt deshalb nicht in Betracht.

Fall 47

W betreibt eine Schank- und Speisewirtschaft in G. A und B möchten am 17. 7. in der örtlichen Turnhalle, 20 Meter von der Gaststätte des W entfernt, ihre goldene Hochzeit feiern. Sie bitten W, die Bewirtung der 100 geladenen Gäste mit Getränken und Speisen zu übernehmen. Benötigt W hierfür eine besondere gaststättenrechtliche Erlaubnis zusätzlich zu der Erlaubnis für sein Gasthaus, über die er verfügt?

Lösung Fall 47

Die Erlaubnis, die W für den Betrieb seiner Gaststätte hat, erlaubt nur die Ausübung des Gaststättengewerbes in seinen Betriebsräumen (siehe § 3 Abs. 1 S. 1 GastG), nicht aber in der Turnhalle. Wenn W deshalb am 17. 7. in der Turnhalle ein weiteres Gaststättengewerbe betreiben würde, benötigte er zumindest eine Gestattung nach § 12 Abs. 1 GastG. Ein Gaststättengewerbe liegt jedoch nur dann vor, wenn der Betrieb „jedermann“ oder „bestimmten Personenkreisen“ zugänglich ist. „Jedermann“ ist bei der goldenen Hochzeit von A und B nicht geladen. Auch handelt sich bei den Gästen nicht um einen „bestimmten Personenkreis“ (z. B. Mitglieder eines Vereins, Besucher eines Theaters), sondern um bestimmbare Personen. Deshalb liegt kein Gaststättengewerbe vor (BayObLG, GewArch 1993, 166f.). Gaststätte ist nur ein im Grundsatz „offenes Lokal“. Erst dann greift der Schutzzweck des Gaststättengesetzes ein. Unterstrichen wird dies dadurch, daß im vorliegenden Fall zwischen den Gästen und W keine unmittelbaren vertraglichen Beziehungen begründet werden.

Ergebnis: W benötigt für die Bewirtung der Gäste von A und B keine gaststättenrechtliche Erlaubnis.

Fall 48

B betreibt eine Schank- und Speisewirtschaft ohne besondere Betriebseigentümlichkeiten. Zur Steigerung seines Umsatzes will er die Gaststätte in eine Nachtbar umwandeln. Benötigt er hierfür eine neue Gaststätten- bzw. Baugenehmigung?

Lösung Fall 48

1. Die Gaststättenerlaubnis wird nach der Betriebsart spezifiziert (§ 3 Abs. 1 S. 1 GastG). Eine Nachtbar ist gaststättenrechtlich keine normale Schank- und Speisewirtschaft. B benötigt daher eine neue Erlaubnis.

2. Auch baurechtlich ist die Umwandlung relevant. Bars sind im baurechtlichen Sinne Vergnügungsstätten (anders als Schank- und

Speisewirtschaften, siehe die Regelungen der §§ 2 ff. BauNVO). B benötigt daher für die Änderung eine Baugenehmigung (VG Saarlouis, NVwZ-RR 1993, 140/141; EBNER, GewArch 1990, 234/235).

Fall 49

G beantragt eine Gaststättenerlaubnis für den Betrieb einer Schank- und Speisewirtschaft in S. Er will die Gaststätte im Erdgeschoß eines mehrstöckigen Hauses einrichten. In den darüber liegenden Stockwerken befindet sich ein Dirnenwohnheim mit 12 Dirnenappartements. Das Dirnenwohnheim wird von der Frau des G betrieben. Aus der Gaststätte führt eine Tür direkt in das Treppenhaus. Die Behörde verweigert G die Gaststättenerlaubnis. Zu Recht?

Lösung Fall 49

G hat einen Anspruch auf die Erlaubnis, soweit kein Versagungsgrund vorliegt. In Betracht kommt der Versagungsgrund des § 4 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 GastG, da G möglicherweise der Unsittlichkeit Vorschub leistet.

1. Fraglich ist zunächst, ob die Anbahnung von Kontakten zwischen Gästen und Dirnen in einer Gaststätte überhaupt unsittlich ist. Ob ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, richtet sich nach den in der Rechtsgemeinschaft anerkannten sozialetischen Wertvorstellungen (BVerwG, GewArch 1991, 115/115). Da die Prostitution allgemein als sittenwidrig angesehen wird, leistet nach wohl überwiegender Auffassung die Anbahnung von Kontakten zwischen Dirnen und potentiellen Freiern der Unsittlichkeit Vorschub.

2. Zu prüfen ist deshalb, ob Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß der Betrieb des G die Anbahnung solcher Kontakte fördert. Das ist aus drei Gründen zu bejahen, und zwar wegen der Lage der Gaststätte im Erdgeschoß eines Dirnenwohnheims, wegen der Tür, die direkt zum Treppenhaus und damit zu den Apartments führt und wegen der familiären Bindungen zwischen dem Betreiber der Gaststätte und der Betreiberin des Dirnenwohnheims. Die Versa-

gung der Erlaubnis läßt sich damit sowohl auf § 4 Abs. 1 Nr. 1 als auch auf § 4 Abs. 1 Nr. 2 GastG stützen.

Fall 50

T will in S eine Trinkhalle betreiben. Er mietet deshalb Räume auf dem Grundstück des R an, in denen dieser bisher eine Trinkhalle betrieben hat. R hatte hierfür sowohl eine Bau- als auch eine gaststättenrechtliche Genehmigung. Die Nachbarin N stört der von der Trinkhalle ausgehende Lärm schon seit langem. Sie ficht deshalb die dem T erteilte Gaststättenerlaubnis an. Die von der Trinkhalle ausgehenden Beeinträchtigungen hält sie für einen Verstoß gegen § 15 Abs. 1 S. 2 BauNVO und § 4 Abs. 1 Nr. 3 GastG, da die Nutzung des Gebäudeteils als Trinkhalle – was zutrifft – mit dem Gebietscharakter unvereinbar sei. Zudem sei T ein „stadtbekannter Säufer“. Ist die Klage begründet?

Lösung Fall 50

Die Klage ist begründet, wenn die Erteilung der Gaststättenerlaubnis an T rechtswidrig ist und N in ihren Rechten verletzt (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).

I. Rechtmäßigkeit des Genehmigungsbescheides

1. Da T dem Trunke ergeben ist, wäre die Genehmigung nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG zu versagen gewesen.

2. Es könnte weiterhin ein Verstoß gegen § 4 Abs. 1 Nr. 3 GastG vorliegen. Die Nutzung der Räume als Trinkhalle ist gegenüber R baurechtlich genehmigt worden. Die Genehmigung gilt auch zugunsten von T (vgl. etwa Art. 74 Abs. 3 BayBauO). Eine neue Genehmigung benötigt T deshalb nicht. Damit steht die baurechtliche Zulässigkeit des Vorhabens auch für das Verfahren nach dem GastG fest, soweit es sich um typischerweise mit der bestimmungsgemäßen Nutzung verbundene Beeinträchtigungen handelt (BVerwGE 80, 258/262). Der Bescheid ist deshalb nicht wegen Verstoßes gegen § 4 Abs. 1 Nr. 3 GastG rechtswidrig.

II. Rechtsverletzung

1. Die Vorschrift des § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG ist nicht drittschützend.
2. Die Vorschrift des § 4 Abs. 1 Nr. 3 GastG ist drittschützend, jedoch nicht verletzt.
Es liegt deshalb keine Rechtsverletzung vor.

Ergebnis: Die Klage ist nicht begründet.

Fall 51

N (oben Fall 50) beantragt hilfsweise, dem T die Auflage zu seinem Betrieb zu erteilen, daß er bestimmte Schutzvorkehrungen baulicher Art vornehmen muß, um Lärmimmissionen auf ihr Grundstück zu vermindern. Wäre ein solcher Antrag begründet?

Lösung Fall 51

Anspruchsgrundlage für ein solches Begehren ist § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG. Die Norm begründet für N ein entsprechendes formelles subjektives Recht (formell deshalb, weil es sich um eine Ermessensbestimmung handelt). Die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG entsprechen jedoch denen des § 4 Abs. 1 Nr. 3 GastG. Auch ein Anspruch aus § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG scheidet deshalb aus, weil durch die bestandskräftige Baugenehmigung festgestellt ist, daß es nicht zu unzumutbaren Lärmeinwirkungen für die Nachbarschaft kommt.

Fall 52

Der Betrieb von T (Fall 50) lockt in großer Menge Obdachlose und Stadtstreicher an. Diese sitzen vor allem in den Sommermonaten auch nach Schließung vor dem Betrieb des T und führen zum Teil erregte Unterhaltungen. Auch zwei Motorradclubs haben ihr „alkoholisches Basislager“ in der Trinkhalle des T. Könnte es der N etwas nutzen, diese Erfahrungen mit zwei Jahren Betriebsführung durch T in der Berufungsverhandlung vor dem OVG bezüglich ihrer Klage gegen die Gaststättenerlaubnis und ihrem Verpflichtungsantrag auf Auflagen vorzutragen?

Lösung Fall 52

I. Anfechtungsantrag

Für die Anfechtungsklage ist das neue Vorbringen der N irrelevant. Es entscheidet die tatsächliche Lage bis zum Abschluß des Widerspruchsverfahrens. Spätere Entwicklungen können keine Berücksichtigung finden.

II. Verpflichtungsantrag

Für den hilfsweise gestellten Verpflichtungsantrag ist das Vorbringen allerdings bis zur letzten mündlichen Tatsachenverhandlung zu berücksichtigen. Das Vorbringen hätte auch sachlich Erfolg. Die vorgetragenen Belästigungen sind nicht mehr von der Baugenehmigung, die die normalen Geräuschmissionen einer Trinkhalle erlaubt, gedeckt. Es handelt sich vielmehr um eine spezifische Entwicklung, die besondere gaststättenrechtliche Reaktionen und deshalb Auflagen nach § 5 Abs. 1 Nr. 3 GastG möglich macht.

Fall 53

P ist Pächterin einer Gaststätte in M. Die Gaststätte liegt im unbeplanten Innenbereich. P begehrt von der Stadt die Erlaubnis zum Betrieb einer Schank- und Speisewirtschaft mit einer Betriebszeit bis 1 Uhr morgens. Die Stadt M versagt die Genehmigung. Zur Begründung führt die Stadt aus: Der Betrieb der Gaststätte sei baurechtlich nur bis 22 Uhr genehmigt. Ein Antrag der P auf Verlängerung der baurechtlichen Nutzungszeit bis 1 Uhr sei von der Stadt M bestandskräftig abgelehnt worden. Wäre eine verwaltungsgerichtliche Klage der P gegen die Verweigerung der gaststättenrechtlichen Genehmigung hinsichtlich der Betriebszeit nach 22 Uhr begründet?

Lösung Fall 53

Die Klage wäre begründet, wenn P einen Anspruch auf Erteilung der Genehmigung hätte (§ 113 Abs. 5 S. 1 VwGO).

I. Die Klage könnte deshalb unbegründet sein, weil schon der Antrag der P unzulässig ist. Es könnte hinsichtlich der Betriebszeit

nach 22 Uhr am Sachbescheidungsinteresse fehlen. Das Sachbescheidungsinteresse fehlt dann, wenn die Antragstellerin an der Verwertung der von ihr beantragten Genehmigung gehindert wäre. Dies wäre aber nur dann der Fall, wenn das Hindernis der fehlenden Baugenehmigung „schlechterdings nicht ausräumbar“ wäre (BVerwGE 84, 11/13). Im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB) ist die baurechtliche Nutzung einer Gaststätte nach 22 Uhr jedoch nicht in jedem Fall baurechtswidrig. Es ist denkbar, daß die Bauabteilung der Stadt S in einem neuen Verfahren anders entscheidet. Denkbar ist auch, daß P nach Ablehnung eines neuen Antrags vor den Verwaltungsgerichten Recht bekäme, denn die Ablehnung des alten Antrags wächst wegen Art. 14 GG nicht in Bestandskraft (BVerwGE 48, 271 ff.). Ein Sachbescheidungsinteresse für den Antrag liegt deshalb vor.

II. Die Genehmigung könnte jedoch nach § 4 Abs. 1 Nr. 3 GastG zu versagen sein. Ob ein Gaststättenbetrieb im Hinblick auf seine örtliche Lage öffentlichen Interessen widerspricht, richtet sich nach den Vorschriften des Bauplanungsrechts (§§ 29 ff. BauGB). Im vorliegenden Fall könnte durch die bestandskräftige Ablehnung der Baugenehmigung bindend festgestellt sein, daß die Nutzung nach 22 Uhr baurechtswidrig ist. Das ist jedoch nicht der Fall. Nach dem Bauordnungsrecht der Länder wird nur bei Ergehen der Baugenehmigung die Baurechtskonformität bindend festgestellt, nicht hingegen im Ablehnungsbescheid die Baurechtswidrigkeit (BVerwGE 84, 11/14). Im übrigen ist es auch schlecht vorstellbar, daß ein ablehnender Bescheid im Baugenehmigungsverfahren für ein neues Baugenehmigungsverfahren keine Bindungswirkung entfaltet, für ein gaststättenrechtliches Verfahren hingegen wohl.

Ergebnis: Die Klage wäre begründet.

Fall 54

S ist Inhaber einer Gaststätte, die baurechtlich genehmigt ist. Angaben über die Betriebszeiten enthält die Genehmigung nicht. Kann die gaststättenrechtliche Genehmigung den Betrieb der Gaststätte zum Schutz der Anwohner auf die Zeit bis 22 Uhr beschränken?

Lösung Fall 54

Die Baugenehmigung braucht den zeitlichen Nutzungsrahmen – wie im vorliegenden Fall – nicht unbedingt zu regeln. In diesen Fällen können zeitliche Beschränkungen auch in der Gaststättenerlaubnis enthalten sein (M/K § 4 Rdnr. 63).

Fall 55

A erwirbt von B eine baurechtlich genehmigte Gaststätte. Die Gaststättenerlaubnis wird A mit folgender „Auflage“ erteilt: „Die im Fluchtweg liegenden Türen (Eingangstür, Tür zum Hof) müssen nach außen, d.h. in Fluchtrichtung aufschlagen.“ A ficht die Auflage nach erfolglosem Widerspruchsverfahren an. Er trägt vor, die dem B erteilte Baugenehmigung sehe eine solche Einschränkung nicht vor. Hat die Klage Aussicht auf Erfolg?

Lösung Fall 55

Die Klage hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

I. Zulässigkeit

1. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO)

Die Entscheidung des Rechtsstreits richtet sich nach den Bestimmungen des öffentlichen Baurechts und des Gaststättenrechts. Dabei handelt es sich um öffentlich-rechtliche Bestimmungen. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor.

2. Klageart

Fraglich ist, ob eine isolierte Klage gegen die Auflage überhaupt zulässig ist, ob A also Anfechtungsklage gegen die Auflage oder Verpflichtungsklage auf unbeschränkte Genehmigung erheben muß. Diese Frage kann aber auch in der Begründetheitsprüfung des Antrags berücksichtigt werden. Der Antrag ist unbegründet, wenn bei isolierter Aufhebung der Auflage der Restverwaltungsakt nicht rechtmäßig ist.

3. Das Widerspruchsverfahren (§§ 68 ff. VwGO) ist durchgeführt worden.

II. Begründetheit

Rechtsgrundlage für die Auflage ist § 5 Abs. 1 Nr. 1 GastG (Schutz der Gäste gegen Gefahren für Leben und Gesundheit). Die Behörde könnte jedoch durch die dem B erteilte Baugenehmigung gebunden sein. Wird die baurechtliche Zulässigkeit einer Nutzung festgestellt, kann die gaststättenrechtliche Erlaubnis nicht aus baurechtlichen Gründen verweigert werden. Dies gilt auch für Auflagen und den gesamten Bereich des Bauordnungsrechts (VGH Mannheim, NVwZ-RR 1993, 140). Die Baugenehmigung als sog. dinglicher Verwaltungsakt gilt auch zugunsten des Rechtsnachfolgers. Die Auflage ist deshalb aufzuheben. Sie ist rechtswidrig und verletzt A in seinen Rechten.

Fall 56

D mietet an wechselnden Orten Säle an, in denen er jeweils für einen oder zwei Abende Disco-Veranstaltungen mit Getränkeauschank durchführt. Für den Abend des 5. 3. plant er eine Disco in der gemieteten Turnhalle von G. Hat D einen Anspruch auf eine Gestattung nach § 12 GastG?

Lösung Fall 56

§ 12 Abs. 1 GastG gibt D einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung („kann“), wenn die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen vorliegen. Fraglich ist deshalb, ob ein „besonderer Anlaß“ gegeben ist. Dies ist zu verneinen. Allein die Kürze der Veranstaltung (nur ein Abend) oder der Wunsch, unter erleichterten Voraussetzungen kurzfristig eine Gaststätte zu betreiben, reichen nicht aus. Der Betrieb der Gaststätte muß vielmehr als Annex eines eigenständigen anderen Ereignisses erscheinen (BVerwG, GewArch 1989, 342/343). Das ist bei der Veranstaltung von D nicht der Fall.

Fall 57

G betreibt seit 20 Jahren in G eine Schank- und Speisewirtschaft. In der Umgebung der Gaststätte sind seitdem eine Reihe von Wohnhäusern entstanden. Die zuständige Behörde überlegt, ob der Be-

trieb der Gaststätte unterbunden werden kann, da es ständig zu Beschwerden über Lärmbelästigungen kommt. Welche „Wege“ sind denkbar?

Lösung Fall 57

1. Zu denken ist an einen Widerruf der Gaststättenerlaubnis nach § 49 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG i. V. m. § 4 Abs. 1 Nr. 3 GastG. § 15 Abs. 2 und Abs. 3 GastG sind jedoch für den Widerruf eine abschließende Regelung. Sie schließen einen Rückgriff auf die Widerrufsgründe des § 49 VwVfG aus (§ 1 Abs. 1 VwVfG).

2. In Betracht kommt jedoch eine Maßnahme nach § 25 Abs. 2 BImSchG: Eine Gaststätte ist „Betriebsstätte“ und damit Anlage i. S. v. § 3 Abs. 5 Nr. 1 BImSchG. Dies bietet den Vorteil, daß die Behörde nicht zur Entschädigung verpflichtet ist (nach a. A. ist allerdings § 21 Abs. 4 BImSchG in solchen Fällen analog anwendbar).

3. Da das Bundesimmissionsschutzgesetz anwendbar ist, scheidet ein Vorgehen der Behörde nach § 31 GastG i. V. m. § 51 GewO aus (§ 51 S. 3 GewO).

Fall 58

B betreibt einen Schweinemastbetrieb mit 500 Mastschweineplätzen. Auf demselben Grundstück in 5 Meter Abstand zur Ostseite des ersten Stalles möchte er ein zweites Gebäude mit weiteren 500 Mastschweineplätzen errichten. Futterzufuhr und Güllebeseitigung sollen durch eine gemeinsame Einrichtung erfolgen. Ist das Vorhaben genehmigungspflichtig?

Lösung Fall 58

Nach Nr. 7.1. e) des Anhangs zur 4. BImSchVO sind nur Anlagen mit 700 Mastschweineplätzen und mehr genehmigungspflichtig. Die beiden Ställe könnten jedoch zusammenzurechnen sein (§ 1 Abs. 3 4. BImSchVO). Die dort genannten Voraussetzungen liegen vor. Zwischen den beiden Ställen besteht ein räumlicher und ein

betrieblicher Zusammenhang. Deshalb handelt es sich im Ergebnis um eine Anlage mit 1000 Plätzen, die nach § 1 Abs. 5 4. BImSchVO insgesamt genehmigungspflichtig ist.

Fall 59

B beantragt die immissionsschutzrechtliche Genehmigung einer Anlage mit 800 Mastschweineplätzen. Die Behörde lehnt die Erteilung der Genehmigung ab, da B die Anlage ohne die dem Stand der Technik entsprechende Abgasreinigungsanlage errichten wolle. B wendet dagegen ein, der nächste Nachbar wohne 4 km weit entfernt. Auch ohne Abgasreinigung werde niemand beeinträchtigt. Hat B einen Anspruch auf die Genehmigung?

Lösung Fall 59

Die Genehmigung könnte nach § 6 Nr. 1 i. V. m. § 5 BImSchG zu versagen sein. Fraglich ist, ob die Anlage des B den Anforderungen des § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG entspricht. Das ist nicht der Fall. Der Stand der Technik bei der Emissionsbegrenzung ist unabhängig vom Schutzbedürfnis der Nachbarschaft am Standort der Anlage einzuhalten. B hat keinen Anspruch auf die Genehmigung (BVerwG, GewArch 1991, 312/312).

Fall 60

G stellt den Antrag auf Genehmigung einer genehmigungsbedürftigen Anlage zur Herstellung von Chemikalien im Gewerbegebiet der Stadt S. Wie sind die Aussichten zu beurteilen, daß G eine Genehmigung erhält?

Lösung Fall 60

Die Genehmigung kann nur dann erteilt werden, wenn öffentlich-rechtliche Vorschriften nicht entgegenstehen (§ 6 Nr. 2 BImSchG). Hierzu zählt auch das Bauplanungsrecht. Nach § 8 Abs. 1 BauNVO dient das Gewerbegebiet der Unterbringung von nicht erheblich belästigenden Gewerbetreibenden. Dies trifft auf immissionsschutzrechtlich genehmigungsbedürftige Anlagen nicht zu

(siehe § 4 Abs. 1 S. 1 BImSchG). Solche Anlagen sind deshalb nur im Industriegebiet (§ 9 BauNVO) zulässig. Die Erteilung einer Genehmigung für G ist daher nicht zu erwarten.

Fall 61

Z betreibt eine 1899 errichtete Ziegelei. Er möchte den in der Entstehungszeit errichteten Ringofen durch einen Tunnelofen ersetzen, da es immer schwieriger wird, für den Ringofen die notwendigen Ersatzteile zu erhalten. Hierdurch würde eine Kapazitätserweiterung von 11 auf 20 Millionen Zementklinker Jahresproduktion ermöglicht. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung wird jedoch verweigert. Die von der Anlage ausgehenden Immissionen seien für die Umgebung unzumutbar. Z wendet sich deshalb an das Verwaltungsgericht. Er führt aus, daß der Gesamtbetrieb in seiner Existenz gefährdet sei, wenn der neue Ofen nicht genehmigt werde. Zudem gingen von der neuen Anlage geringere Immissionen aus als von der alten. Ist die Klage begründet?

Lösung Fall 61

Die Klage ist begründet, wenn Z einen Anspruch auf die Genehmigung hat (§ 113 Abs. 5 VwGO).

I. Die Änderung muß genehmigungspflichtig sein. Dies richtet sich nach § 15 Abs. 1 BImSchG.

1. Es muß eine genehmigungspflichtige Anlage vorliegen. Das ist der Fall (Nr. 2.3. des Anhangs zur 4. BImSchVO). Es spielt keine Rolle, wenn bisher keine Genehmigung für die alte Anlage vorlag (siehe § 67 Abs. 2 BImSchG). § 15 verlangt nur das Vorliegen einer genehmigungsbedürftigen, keine genehmigte Anlage.

2. Es muß eine wesentliche Änderung der Anlage stattfinden. Auch dies ist der Fall. Ob die Emissionen sich im Ergebnis positiv oder negativ verändern, spielt keine Rolle. Es kommt allein darauf an, ob sich die Genehmigungsfrage neu stellt. Aufgrund der erheblichen Kapazitätserweiterung ist von einer erheblichen Änderung auszugehen.

Zwischenergebnis: Der Einbau des neuen Ofens ist genehmigungspflichtig.

II. Fraglich ist weiter, ob die Änderung genehmigungsfähig ist. Die Genehmigung könnte nach § 6 Nr. 1 i.V.m. § 5 Abs. 1 Nr. 1 BImSchG zu verweigern sein.

1. Die (neue) Anlage verursacht schädliche Umwelteinwirkungen nach §§ 5 Abs. 1 Nr. 1, 3 Abs. 1 BImSchG. Sie ist deshalb nicht genehmigungsfähig. Daß es im Ergebnis zu einer Verbesserung gegenüber dem alten Zustand kommt, bleibt außer Betracht. Dies muß schon deshalb gelten, weil gegen eine alte und damit letztlich amortisierte Anlage sehr viel eher nachträgliche Anordnungen denkbar und mit dem Übermaßverbot vereinbar sind (§ 17 BImSchG).

2. Die Genehmigungsfähigkeit der Anlage könnte sich aber aus dem Grundsatz des Bestandsschutzes ergeben. In Betracht kommt dabei die Variante des sog. überwirkenden Bestandsschutzes. Ein Vorhaben ist danach auch dann genehmigungsfähig, wenn andere, hiermit zusammenhängende bauliche Anlagen sonst „ihren Sinn“ einbüßen (BVerwGE 50, 49/56). Hierauf zielt das Vorhaben des Z ab, wonach der Betrieb sonst eingestellt werden müsse. Die übrigen baulichen Anlagen der Ziegelei könnten nicht mehr bestimmungsgemäß genutzt werden, wenn kein neuer Ofen eingebaut wird, da dann auf Dauer keine Ziegelei mehr betrieben werden kann. Der überwirkende Bestandsschutz findet seine Grenze aber darin, daß er *keine wesentlichen Veränderungen des Gesamtbestandes* erlaubt. Eine solche wesentliche Veränderung liegt jedoch vor, da die Kapazität fast verdoppelt werden soll.

Ergebnis: Das Vorhaben ist nicht genehmigungsfähig.

Fall 62

Im förmlichen Genehmigungsverfahren für ein Kraftwerk in S macht Ingenieur I aus M Einwendungen gegen die geplante Rauchgasentschwefelung geltend, die seiner Ansicht nach nicht mehr dem Stand der Technik entspricht. Im Erörterungstermin wurde diese

Einwendung nicht behandelt. Zur Begründung wurde angeführt, I wohne 200 km von S entfernt. Er sei deshalb nicht einwendungsbe-
fugt. Erfolgte die Zurückweisung zu Recht?

Lösung Fall 62

Nein. Im Erörterungstermin (§ 10 Abs. 6 BImSchG) zu erörtern sind alle rechtzeitig erhobenen Einwendungen. Eine besondere „Einwendungsbefugnis“ ist nicht erforderlich.

Fall 63

I (oben Fall 62) will im Wege der einstweiligen Anordnung (§ 123 VwGO) erreichen, daß in einem neu angesetzten Erörterungstermin seine Einwendungen zur Sprache kommen. Wäre ein Antrag nach § 123 VwGO zulässig?

Lösung Fall 63

Einem gerichtlichen Vorgehen könnte § 44 a VwGO entgegenstehen.

1. § 44 a S. 1 VwGO wäre dann anwendbar, wenn es sich bei einem Antrag auf einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO um einen Rechtsbehelf gegen eine behördliche Verfahrenshandlung handelt. Die Berücksichtigung von Einwendungen ist eine behördliche Verfahrenshandlung. Strittig ist allerdings, ob auch ein Antrag auf einstweilige Anordnung ein „Rechtsbehelf“ i.S.v. § 44 a VwGO ist. Das ist zu bejahen. Der Zweck des § 44 a VwGO, eine Verfahrensbeschleunigung zu erreichen, liefe sonst leer (BayVGh, NVwZ 1988, 1054f.).

2. I könnte jedoch Nichtbeteiligter nach § 44 a S. 2 VwGO sein. Anders als es § 44 a S. 1 VwGO voraussetzt, ist I gegen den möglicherweise ergehenden Genehmigungsbescheid nicht klagebefugt. Er ist ein Jedermann-Einwender, der öffentliche Interessen geltend macht. Eine solche Auslegung liefe jedoch dem Zweck des § 44 a VwGO zuwider. Es soll gerade verhindert werden, daß es zu ständigen verfahrensbegleitenden Gerichtsentscheidungen kommt. Im

übrigen führte es zu einem sonderbaren Ergebnis, Jedermann-Einwender besser zu stellen als „Betroffenen“-Einwender. § 10 BImSchG ist in diesem Sinne zu verstehen. Die Einwendungsbeugnis der Nichtbetroffenen ist keine eigenständige Rechtsposition. Ein Antrag nach § 123 VwGO wäre deshalb unzulässig (siehe auch BayVGH, NVwZ 1989, 1179f.).

Fall 64

B beantragt die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung eines Bauernhofs zur Intensivtierhaltung für 20000 Legehennen. Nachbar N erhebt hiergegen Einwendungen. Er trägt vor, durch die entstehenden Geruchsbelästigungen werde seine Gesundheit gefährdet und der Wert seines Grundstücks in unerträglicher Weise gemindert. Gleichwohl erteilt die Behörde die Genehmigung. Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren erhebt N Klage zum Verwaltungsgericht. Dort legt er ein Gutachten des Universitätsprofessors Dr. P vor, in dem nachgewiesen werden soll, daß die konkrete Gefahr besteht, daß B durch von der Anlage angelockte Fliegen eine Salmonellen-Infektion erleiden kann. Ist dieses Vorbringen vom Verwaltungsgericht zu berücksichtigen?

Lösung Fall 64

N könnte mit diesem Vorbringen nach § 10 Abs. 3 S. 3 BImSchG präkludiert sein. Es handelt sich bei der Gefahr einer Salmonellen-Infektion um eine Einwendung, also um ein Vorbringen, das auf die Verhinderung des Vorhabens abzielt. Diese Einwendung wurde von N im Genehmigungsverfahren jedoch nicht vorgebracht. Daß N sich aus anderen Gründen gegen die Anlage gewehrt hat, ist irrelevant. Das Vorbringen ist nicht zu berücksichtigen. Es ist präkludiert.

Fall 65

S beantragt die Genehmigung einer Anlage zum Schlachten von 6000 kg Lebendgewicht Geflügel pro Woche. Die Genehmigung wird von der Behörde im förmlichen Genehmigungsverfahren er-

teilt. Nachbar N ficht die Genehmigung an. Er trägt vor, daß die Öffentlichkeitsbeteiligung fehlerhaft gewesen sei. Vor allem sei die Auslegungsfrist nicht eingehalten worden. Bei der korrekten Durchführung der Öffentlichkeitsbeteiligung hätten sich möglicherweise Aspekte ergeben, die gegen die Genehmigung der Anlage gesprochen hätten. Wäre N mit diesem Vortrag anfechtungsbefugt (§ 42 Abs. 2 VwGO)?

Lösung Fall 65

N wäre dann anfechtungsbefugt, wenn er durch diesen Verfahrensfehler möglicherweise in seinen Rechten verletzt wäre. Auch Verfahrensrechte können drittschützend sein. Vor allem die Bestimmungen des § 10 Abs. 2, Abs. 3 BImSchG dienen der Durchsetzung materieller Rechte. Es sind keine reinen Ordnungsvorschriften. Um klagebefugt zu sein, muß der Kläger jedoch darlegen, in einem eigenen materiellen Recht betroffen zu sein (BVerwG, NJW 1987, 1154/1155). N legt im vorliegenden Fall nicht dar, wie sich die korrekte Durchführung des förmlichen Genehmigungsverfahrens und vor allem der Öffentlichkeitsbeteiligung auf seine subjektiven Rechte ausgewirkt hätte. Er ist deshalb nicht klagebefugt.

Fall 66

L erhebt im Erörterungstermin über die immissionsschutzrechtliche Genehmigung eines Heizkraftwerkes umfassend Einwendungen wegen angeblich nachteiliger Auswirkungen auf sein in 500 Meter Entfernung zur Anlage liegendes Grundstück. Im Rahmen einer verwaltungsgerichtlichen Klage rügt L später, die Bekanntmachungsvorschriften des § 10 Abs. 4 BImSchG seien nicht beachtet worden. Ist L allein mit diesem Vorbringen klagebefugt?

Lösung Fall 66

Der Zweck der Bekanntmachung liegt darin, den potentiell Betroffenen die Geltendmachung ihrer Rechte zu ermöglichen. Sie bezweckt also abstrakt auch den Schutz des L. L hat zu dem Vorhaben jedoch umfassend Stellung genommen. Eine Beeinträchtigung

seiner Rechte durch unrichtige Bekanntmachung ist deshalb nicht denkbar. L ist nicht klagebefugt.

Fall 67

Die B-AG beantragt bei der zuständigen Immissionsschutzbehörde die Errichtungsgenehmigung für einen mit Kohle zu betreibenden Dampfkessel, welcher eine bereits bestehende Kesselanlage ergänzen soll. Die Genehmigung wird erteilt. Nachbar N, der sich schon im Verfahren gegen die Erteilung der Genehmigung ausgesprochen hatte, erhebt Widerspruch. Die Behörde hält den Widerspruch für unzulässig. Erst die Betriebsgenehmigung könne N möglicherweise in seinen Rechten verletzen. Zu Recht?

Lösung Fall 67

Die Errichtung des weiteren Kessels ist die wesentliche Änderung (§ 15 Abs. 1 BImSchG) einer genehmigungsbedürftigen Anlage (Anhang Nr. 1.2.a zu § 1 4. BImSchVO). Die Errichtungsgenehmigung ist eine Teilgenehmigung nach § 8 S. 1 BImSchG. Sie ergeht aufgrund eines vorläufigen positiven Gesamturteils auch für den Betrieb der Anlage (§ 8 BImSchG). Anlagen werden errichtet, um betrieben zu werden. Deshalb kann und muß (§ 11 BImSchG!) N sich bereits gegen die Errichtungsgenehmigung zur Wehr setzen (siehe auch BVerfGE 53, 30/50). Sein Widerspruch scheitert nicht an der Widerspruchsbefugnis.

Fall 68

B beantragt bei der zuständigen Immissionsschutzbehörde einen Standortvorbescheid für eine Anlage zur fabrikmäßigen Herstellung von Kunststoffen durch chemische Umwandlung (Nr. 4.1. h des Anhangs zur 4. BImSchVO) im planerisch ausgewiesenen Gewerbegebiet (§ 8 BauNVO) der Stadt S. Der Vorbescheid wird antragsgemäß erteilt und auch dem Nachbarn N mit Rechtsbehelfsbelehrung zugestellt, der auf dem Nachbargrundstück ein Lebensmittelager betreibt. Ein Jahr nach Bestandskraft des Vorbescheides beantragt B die Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Geneh-

migung für den Betrieb. Gegen den Genehmigungsbescheid erhebt N Anfechtungsklage. Er trägt vor, die Anlage des B sei erheblich belästigend und gehöre nicht in ein Gewerbegebiet (§ 8 BauNVO), sondern in ein Industriegebiet (§ 9 BauNVO). Kann N darauf seine Klagebefugnis stützen?

Lösung Fall 68

N ist klagebefugt, wenn er möglicherweise in seinen Rechten verletzt ist. Ein subjektives Recht könnte sich aus dem Bebauungsplan der Stadt S ergeben. Festsetzungen über die Art der baulichen Nutzung können Drittschutz vermitteln. Über die Standortfrage ist jedoch bereits im Vorbescheid entschieden worden. Damit ist N mit diesem Einwand ausgeschlossen (§ 11 BImSchG). Die Klage ist unzulässig (oder, falls strittig ist, ob die Präklusion zu Recht erfolgt ist bzw. die Anfechtung auf weitere Gründe gestützt wird, insoweit unbegründet).

Fall 69

Der Vorbescheid (oben Fall 68) ist N nicht zugestellt worden und auch sonst nicht bekannt geworden. Er erhält hiervon erst durch den Widerspruchsbescheid Kenntnis. Muß N jetzt noch Widerspruch und Klage gegen den Vorbescheid erheben?

Lösung Fall 69

Der Vorbescheid ist mangels Bekanntgabe an N nicht bestandskräftig geworden. Die Ausschlußwirkung des § 11 BImSchG greift jedoch nur bei Unanfechtbarkeit. Gegenüber N läuft mangels Bekanntgabe zunächst auch keine Frist. Im Nachbarrecht wird es aber einer Bekanntgabe gleichgestellt, wenn der Nachbar von der Genehmigung Kenntnis erlangt oder Kenntnis hätte erlangen müssen (BVerwGE 78, 85/89). Gleichwohl wird man nicht davon ausgehen können, daß N ein Jahr nach Erlass des Widerspruchsbescheides für den Widerspruch gegen die immissionsschutzrechtliche Vollgenehmigung mit seinen Einwendungen gegen die Anlage in diesem Verfahren ausgeschlossen wird. So hat das BVerwG für das Baurecht

ausgesprochen, daß bei nicht bestandkräftigem Vorbescheid die endgültige Genehmigung dessen Regelungsinhalt nach Art eines Zweitbescheides aufnehmen muß (BVerwG, DVBl. 1989, 673/674f.). Für das Immissionsschutzrecht dürfte Gleiches gelten. Durch die fehlende Bestandskraft ist der Zweck der Verfahrensstufung, nämlich eine „Abschichtung“ des Genehmigungsstoffes, nicht mehr zu erreichen. N braucht deshalb gegen den Vorbescheid kein Rechtsmittel mehr einzulegen. Die Standortfrage ist im Rahmen der Klage gegen die Vollgenehmigung zu klären.

Fall 70

B erhält im förmlichen Genehmigungsverfahren die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb eines Schweinestalles mit 1000 Mastplätzen. Nach den Genehmigungsunterlagen wird die anfallende Gülle durch Ausbringung auf landwirtschaftliche Nutzflächen beseitigt. Benötigt B eine weitere Genehmigung neben der immissionsschutzrechtlichen Erlaubnis, um die Gülle auf die Felder zu verteilen?

Lösung Fall 70

Ja. B benötigt eine wasserrechtliche Erlaubnis, da die Möglichkeit besteht, daß die Gülle ins Grundwasser gerät (§ 3 Abs. 2 Nr. 2 i. V. m. § 2 Abs. 1 WHG). Die wasserrechtliche Erlaubnis wird von der Konzentrationswirkung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung nicht erfaßt (§ 13 S. 1 BImSchG).

Fall 71

I beantragt die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für eine Anlage zur Glasherstellung im Gebiet der Gemeinde G. Die Fläche liegt im unbeplanten Innenbereich (§ 34 BauGB). Die Gemeinde verweigert ihr Einvernehmen. Die Behörde erteilt die Genehmigung gleichwohl. Die Gemeinde erhebt hiergegen Klage zum Verwaltungsgericht. Die Immissionsschutzbehörde beruft sich vor Gericht auf § 46 VwVfG. Die Anlage sei nach § 34 BauGB zulässig. Eine andere Entscheidung sei in der Sache nicht möglich. Das Ver-

waltungsgericht hält dies bauplanungsrechtlich für zutreffend. Ist die Klage der G begründet?

Lösung Fall 71

Die Klage ist nach § 113 Abs. 1 S. 1 VwGO begründet, wenn die Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung rechtswidrig war und G in ihren Rechten verletzt.

A. Rechtswidrigkeit

Die Erteilung der Genehmigung könnte formell rechtswidrig sein, da die Gemeinde ihr Einvernehmen nicht erteilt hat. Dies setzt voraus, daß ein Einvernehmen nach § 36 BauGB erforderlich war. Auch für immissionsschutzrechtlich zu genehmigende Anlagen gilt § 36 BauGB (§ 29 S. 1 2. HS BauGB). Wegen § 36 Abs. 1 S. 2 BauGB ist ein Einvernehmen auch in diesem Verfahren erforderlich. Diese Vorschrift wird nicht von § 10 Abs. 5 BImSchG verdrängt, sondern ist ihrerseits *lex specialis* zu § 10 Abs. 5 BImSchG.

Das Fehlen des Einvernehmens könnte aber nach § 46 VwVfG unbeachtlich sein. § 46 VwVfG ist jedoch nicht anwendbar. Das Erfordernis des Einvernehmens in § 36 BauGB begründet eine besondere Rechtsposition der Gemeinde, die deren Planungshoheit absichert. Ohne Einvernehmen darf eine positive Entscheidung über die baurechtliche Zulässigkeit eines Vorhabens im Innenbereich nicht ergehen. Der Bescheid ist daher formell rechtswidrig.

B. Rechtsverletzung

§ 36 BauGB vermittelt der Gemeinde ein subjektiv-öffentliches Recht. Bei einer Genehmigungserteilung entgegen dieser Vorschrift wird zudem Art. 28 Abs. 2 S. 1 GG (Planungshoheit) verletzt. Die Gemeinde G ist in eigenen Rechten verletzt.

Ergebnis: Die Klage ist begründet.

Fall 72

Bauer B ist im förmlichen Genehmigungsverfahren die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zum Betrieb eines Schweinestalles

mit 1000 Mastplätzen erteilt worden. Die Gülle soll nach den Unterlagen auf die Felder verteilt werden. Nachbar N 1 klagt vor dem Verwaltungsgericht auf Aufhebung der Genehmigung, da es durch die Verbringung der Gülle auf die Felder zu unzumutbaren Geruchsbelästigungen komme. Nachbar N 2 klagt nach Bestandskraft der Genehmigung vor dem Landgericht auf Unterlassung der Verbringung der Gülle unter Berufung auf § 1004 BGB. Wie sind die Erfolgsaussichten der Klagen zu beurteilen?

Lösung Fall 72

1. Klage des N 1

Die Klage könnte schon mangels Klagebefugnis des N 1 (§ 42 Abs. 2 VwGO) unzulässig sein. Die Verbringung der Gülle auf die Felder betrifft die Frage der ordnungsgemäßen Reststoffbehandlung (§ 5 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG). Diese Vorschrift ist nicht dritt-schützend. Subjektiv-öffentliche Rechte gegen die immissions-schutzrechtliche Genehmigung stehen N 1 nicht zu.

2. Klage des N 2

Die Klage könnte aus § 1004 Abs. 1 BGB begründet sein. Möglicherweise ist der nachbarliche Abwehranspruch aber nach § 14 S. 1 BImSchG präkludiert. Die Felder, auf die die Gülle verbracht wird, gehören nicht mehr zur Anlage (§ 3 Abs. 5 BImSchG) „Schweinstall“. Die Immissionsschutzbehörde muß deshalb zwar prüfen, ob die Verbringung der Gülle auf die Felder mit § 5 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG vereinbar ist. Die Entscheidung hierüber wird aber nicht Bestandteil der Regelungswirkung des Verwaltungsaktes. Deshalb sind Ansprüche des privaten Nachbarrechts gegen diese Art der Felderdüngung auch nicht ausgeschlossen (OVG Münster, NVwZ 1987, 146 ff.)

Fall 73

Biologe B betreibt auf einem ehemaligen Bauernhof nahe dem Industriegebiet der Stadt S wissenschaftliche Pflanzenzüchtungen. Die X-AG beantragt die Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung für ein Heizkraftwerk auf Kohlegrundlage mit

200 Megawatt Leistung am Rande des Industriegebietes. Das förmliche Genehmigungsverfahren wird ordnungsgemäß durchgeführt. B erhebt Einwendungen gegen das Vorhaben. Er führt aus, durch dessen Durchführung werde die Klimakatastrophe weiter beschleunigt. Nach Erteilung der Genehmigung erhebt B Klage vor dem Verwaltungsgericht. Er trägt neu vor, der Betrieb des Kraftwerks mache seine Züchtungen aufgrund verstärkter SO₂-Immissionen unmöglich. Ist B klagebefugt?

Lösung Fall 73

1. Der Aspekt der „Klimakatastrophe“ begründet die Klagebefugnis des B nicht. B hat kein subjektiv-öffentliches Recht auf ein gesundes Klima.
2. Die Beeinträchtigung der Pflanzenzüchtung betrifft hingegen ein rechtlich geschütztes Interesse des B (Art. 5 Abs. 3, Art. 12 Abs. 1, Art. 14 GG). Mit diesem Einwand ist er jedoch präkludiert, da er ihn im Verfahren nicht vorgebracht hat (§ 10 Abs. 3 S. 4 BImSchG).

Ergebnis: B ist nicht klagebefugt.

Fall 74

B (oben Fall 73) verliert den Verwaltungsprozeß. Er klagt daraufhin vor dem Zivilgericht gegen die X-AG auf Unterlassung des Betriebs des Kraftwerkes, hilfsweise auf Schadensersatz. Ist die Klage begründet?

Lösung Fall 74

1. Anspruch auf Unterlassung

Der Anspruch könnte sich ergeben aus § 1004 Abs. 1 BGB. Er ist jedoch nach § 14 S. 1 BImSchG ausgeschlossen.

2. Anspruch auf Schadensersatz

Ist ein Anspruch auf Unterlassung nach § 14 S. 1 BImSchG ausgeschlossen, kann sich ein Schadensersatzanspruch aus § 14 S. 2 BImSchG ergeben. Voraussetzung wäre jedoch, daß der Unterlas-

sungsanspruch durch die Bestandskraft der Genehmigung ausgeschlossen wäre. Es handelt sich bei diesem Schadensersatzanspruch um ein Surrogat für das verlorene Verbotungsrecht. Mit seinem Unterlassungsanspruch war B jedoch schon verfahrensrechtlich nach § 10 Abs. 3 S. 4 BImSchG ausgeschlossen. Auch ein Schadensersatzanspruch nach § 14 S. 2 BImSchG steht B daher nicht zu.

3. Anspruch aus § 906 Abs. 2 S. 2 BGB

Auch dieser Anspruch ist – soweit seine tatbestandlichen Voraussetzungen überhaupt vorliegen – nach § 10 Abs. 3 S. 4 BImSchG ausgeschlossen. Denn er kann sich nur aus „Einwendungen“ gegen das Vorhaben herleiten, also aus einem Vorbringen, das auf die Verhinderung oder Modifizierung des Vorhabens abzielt.

Fall 75

D betreibt ein Maschinen- und Schlepperfabrikationsunternehmen. Er beantragt die immissionsschutzrechtliche Genehmigung für eine Lackier- und Trockenanlage für Schlepperkabinen und Schlepper- teile. Der Bescheid, in welchem die Genehmigung erteilt wird, enthält unter Ziffer II. 2. folgende „Auflage“: „Die von der Anlage ausgehenden Geräusche dürfen innerhalb des an das Betriebsgelände angrenzenden Wohngebietes die Werte von 55 dB (A) tagsüber und 40 dB (A) nachts nicht überschreiten.“ D will sich gerichtlich gegen diese „Auflage“ wehren. Muß er Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage erheben?

Lösung Fall 75

Bei der Festlegung von Immissionsgrenzwerten handelt es sich nicht um Auflagen i. S. v. § 36 VwVfG, sondern um eine modifizierte Gewährung. D will sich deshalb nicht gegen eine Belastung wehren, sondern mehr genehmigt bekommen, als ihm bisher genehmigt worden ist. Ein solches Begehren ist nicht mit der Anfechtungs-, sondern mit der Verpflichtungsklage zu verfolgen (VGH München, BayVBl. 1984, 149 ff.; zur Ergänzung: Ob die Festlegung der Grenzwerte eine modifizierende Auflage oder schlicht eine modifizierte Gewährung ist, ist für die Klageart irrelevant.)

Fall 76

S beantragt bei der zuständigen Behörde die immissionsschutzrechtliche Genehmigung einer Anlage zum Schlachten von 600 kg Lebendgewicht Geflügel pro Woche auf einem Grundstück in der Gemeinde G. Die Genehmigung wird antragsgemäß erteilt. Nachbar N erhebt hiergegen zuerst Widerspruch, dann Anfechtungsklage. Während des gerichtlichen Verfahrens tritt ein neuer Bebauungsplan der Gemeinde G in Kraft. Danach liegt das Grundstück des S künftig in einem allgemeinen Wohngebiet. Muß die Kammer bei ihrer Entscheidung den neuen Bebauungsplan berücksichtigen?

Lösung Fall 76

Die Kammer kann der Klage nur stattgeben, wenn die Genehmigung rechtswidrig ist und N in seinen Rechten verletzt (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO). Da es sich um eine Anfechtungsklage handelt, ist der maßgebliche Entscheidungszeitpunkt der der letzten Behördenentscheidung. Bei Erlass des Widerspruchsbescheides war der Bebauungsplan jedoch noch nicht in Kraft. Der Bebauungsplan hat deshalb bei der gerichtlichen Entscheidung außer Betracht zu bleiben. N muß versuchen, die daraus für ihn möglicherweise entstehenden Rechte durch behördliche Maßnahmen nach § 17, 21 BImSchG durchsetzen zu lassen.

Fall 77

Die X-AG betreibt ein Kraftwerk mit fünf technisch zum Teil unterschiedlich konstruierten Feuerungsanlagen. Die Gesamtanlage ist in einem Bescheid immissionsschutzrechtlich genehmigt worden. Bei einer der Feuerungsanlagen ergeben sich seit längerem Probleme mit der Einhaltung der Emissionsgrenzwerte. Um Schäden für die Umwelt abzuwenden, ordnet die Behörde unter Berufung auf § 17 Abs. 1 BImSchG die Stilllegung dieses Anlagenteils an. Zu Recht?

Lösung Fall 77

Nein. Eine nachträgliche Anordnung nach § 17 BImSchG muß den Bestand der Genehmigung unberührt lassen. Sie darf nicht zu ihrem Widerruf oder Teilwiderrief führen. Dies würde im vorliegenden Fall aber eintreten. Alle fünf Feuerungsanlagen sind genehmigt. Sie dürfen daher alle fünf betrieben werden. Soll eine stillgelegt werden, muß die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zum Teil aufgehoben werden.

Fall 78

A betreibt eine immissionsschutzrechtlich genehmigungspflichtige und genehmigte Anlage zur Herstellung von Betonfertigteilen. Eine wesentliche Änderung der Anlage führt er ohne Genehmigung durch. Die Behörde untersagt daraufhin den weiteren Betrieb der Anlage, „bis von der zuständigen Behörde die für die Errichtung und den Betrieb der Anlage erforderliche Genehmigung nach § 15 BImSchG erteilt ist“. Hiergegen erhebt A eine zulässige Anfechtungsklage. Im Laufe des Prozesses wird A die erforderliche Genehmigung am 15. 3. erteilt. Diese wird jedoch vom Nachbarn N am 25. 3. angefochten. A erklärt am 30. 3. wegen der Erteilung der Genehmigung den Rechtsstreit um die Untersagungsverfügung für erledigt. Die Behörde widerspricht der Erledigungserklärung, da die erteilte Genehmigung nicht bestandskräftig sei. Wie wird das Gericht entscheiden?

Lösung Fall 78

I. Zulässigkeit der Klageänderung

Die Behandlung der einseitigen Erledigungserklärung im Verwaltungsprozeß ist umstritten. Richtigerweise handelt es sich um eine Änderung (§ 91 Abs. 1 VwGO) des ursprünglichen Anfechtungsantrags in einen Feststellungsantrag (§ 43 VwGO) dahingehend, daß die Klage erledigt ist. Die Änderung des Klageantrags ist sachdienlich.

II. Zulässigkeit des geänderten Klageantrags

Zwischen Kläger und beklagter Behörde besteht ein feststellungsfä-

higes Rechtsverhältnis. Auch ein Feststellungsinteresse des Klägers läßt sich bejahen, da die Behörde nicht bereit ist, ebenfalls eine Erledigungserklärung abzugeben und damit dem Gericht die Möglichkeit eines Beschlusses gemäß § 161 Abs. 2 VwGO zu ermöglichen.

III. Begründetheit des Feststellungsantrags

1. Theoretisch können drei Elemente in der Begründetheitsprüfung des Feststellungsantrags eine Rolle spielen:

- der Eintritt des erledigenden Ereignisses.
- die ursprüngliche Zulässigkeit der Klage;
- die ursprüngliche Begründetheit der Klage;

2. Noch immer entspricht es der wohl herrschenden Meinung, die Begründetheit der ursprünglichen Klage nur bei einem schutzwürdigen Interesse des Beklagten an einer Sachentscheidung (analog § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO) zu prüfen (siehe BVerwGE 89, 357/360; dieser Entscheidung ist der Fall nachgebildet. Interessengerechter ist es allerdings, stets alle drei Elemente zu prüfen – wie im Zivilprozeß! – und auf die dogmatisch fragwürdige Analogie zu § 113 Abs. 1 S. 4 VwGO zu verzichten, siehe MANSSEN, NVwZ 1990, 1018 ff.). Die Frage, ob die ursprüngliche Klage zulässig gewesen sein muß, wird von der h. M. und auch in der Rechtsprechung des BVerwG unterschiedlich beantwortet (Nachweise bei MANSSEN, aaO; in der Regel wird verlangt, daß der Verwaltungsrechtsweg und die Klagebefugnis vorgelegen haben). Jedenfalls kommt es für die Begründetheit des Feststellungsantrags zunächst darauf an, ob ein erledigendes Ereignis eingetreten ist.

3. Erledigung bedeutet, daß der Kläger aus objektiv nach der Klageerhebung eingetretenen Gründen kein Interesse mehr an einer Sachentscheidung hat. Dies ist im vorliegenden Fall durch Auslegung der Untersagungsverfügung zu ermitteln. Es kommt darauf an, was unter „erforderlicher Genehmigung“ zu verstehen ist. Dieser Passus des Bescheides ist als auflösende Bedingung (§ 36 Abs. 2 Nr. 2 VwVfG) einzuordnen. Nach Auffassung der Behörde ist eine „voll ausnutzbare“, also bestandskräftige Genehmigung erforderlich. Dies entspricht aber nicht dem objektiven Erklärungswert des

Bescheides. Auch eine anfechtbare aber noch nicht angefochtene Genehmigung genügt, um die Bedingung eintreten zu lassen (BVerwGE 89, 357/359f.). Die Bedingung lebt aber nicht wieder auf, wenn ein Nachbar Widerspruch gegen die Genehmigung einlegt. Der Eintritt einer auflösenden Bedingung ist nicht durch die Einlegung eines Rechtsbehelfs auflösend bedingt (BVerwGE 89, 357/359). Die Untersagung hat sich schon aus diesem Grunde erledigt. Bestätigt wird dieses Ergebnis im übrigen dadurch, daß § 20 Abs. 2 S. 1 BImSchG keine Befugnis enthält, in Fällen einer angefochtenen Genehmigung den Betrieb zu untersagen. Eine solche Maßnahme müßte auf § 80a Abs. 1 Nr. 2 VwGO gestützt werden.

4. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 VwGO) und Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO) lagen vor.

5. Ein schutzwürdiges Interesse des Beklagten an einer Begründetheitsprüfung im Hinblick auf die ursprüngliche Anfechtungsklage ist nicht ersichtlich.

Ergebnis: Dem Antrag auf Feststellung der Erledigung ist stattzugeben (Kostenentscheidung: § 154 Abs. 1 VwGO, nicht § 161 Abs. 2 VwGO!).

Fall 79

Zur Erfüllung der Mitteilungspflicht nach § 52a Abs. 1 BImSchG teilt die A-AG der zuständigen Behörde mit, daß die beiden Vorstandsmitglieder Dr. A und Dr. B gemeinsam die Pflichten des Betreibers wahrnehmen. Die Behörde ist der Auffassung, die Verantwortung müsse auf ein Mitglied des Vorstandes konzentriert werden. Zu Recht?

Lösung Fall 79

Nein. Aus § 52a Abs. 1 BImSchG ergibt sich eine solche Pflicht nicht. Die A-AG ist nur zur Mitteilung über die Geschäftsführung verpflichtet, nicht aber zur Änderung derselben. Eine solche Pflicht könnte nur aus anderen Vorschriften, etwa aus § 5 BImSchG abgeleitet werden. Die Bestimmungen des Immissionsschutzrechts kön-

nen aber in aller Regel auch dann eingehalten werden, wenn Gesamtgeschäftsführungsbefugnis besteht.

Fall 80

Bei der H-AG kommt es im Monat Dezember zu einer rätselhaften Häufung von Unfällen, bei denen in fünf Fällen aus immissionsrechtlich genehmigten Anlagen gesundheitgefährdende Stoffe austreten und die Luft verunreinigen. Die Ursachen hierfür sind bisher nicht aufgeklärt. Zur Beruhigung der Öffentlichkeit verlangt die zuständige Immissionschutzbehörde eine Umorganisation der Betriebsstruktur bei der H-AG. Es sei notwendig, den Produktions- vom Überwachungsbereich personell und organisatorisch strikt zu trennen. Bei der H-AG gäbe es hingegen vielfach noch Funktionsüberschneidungen. Könnte diese Forderung gegenüber der H-AG durch Verwaltungsakt durchgesetzt werden?

Lösung Fall 80

Dies wäre nur dann möglich, wenn das Bundesimmissionsschutzgesetz eine entsprechende Ermächtigungsgrundlage enthielte.

1. Ein solcher Verwaltungsakt könnte eventuell auf § 52a Abs. 2 BImSchG gestützt werden. Diese Bestimmung verlangt jedoch nur eine Mitteilung (genau wie § 52a Abs. 1 BImSchG), sie enthält hingegen keine materiellen Organisationspflichten.

2. Rechtsgrundlage für eine solche Anordnung könnte § 17 BImSchG sein. Dies würde jedoch den Nachweis voraussetzen, daß eine solche Trennung erforderlich ist, um Unfälle zu vermeiden. Angesichts der ungeklärten Ursachenzusammenhänge ist dieser Nachweis nicht zu führen.

3. Schließlich ist daran zu denken, die Trennung von Produktion und Überwachung nach § 20 Abs. 3 BImSchG durchzusetzen. Dies würde aber voraussetzen, daß ein oder mehrere Leiter sich konkret als unzuverlässig erwiesen haben. Auch hiervon kann nicht ausgegangen werden, da nicht geklärt ist, worauf die Unfallkette beruht.

Ergebnis: Die Forderung der Behörde findet im Bundesimmiss-

sionsschutzgesetz keine Grundlage. Der Erlaß eines entsprechenden Verwaltungsaktes ist nicht möglich.

Fall 81

Fabrikant F plant die Errichtung einer betriebsinternen Verbrennungsanlage. Die notwendige immissionschutzrechtliche Genehmigung wird Mitte 1990 rechtmäßig erteilt. Im September 1990 errichtet F das für die Anlage erforderliche Gebäude. Die technischen Einrichtungen, vor allem die Verbrennungskammer, soll erst Anfang 1991 eingebaut werden. Zum 1. 12. 1990 tritt eine neue BImSchVO in Kraft. Die Anlage des F entspricht den Anforderungen der neuen Verordnung nicht. Muß F mit einem Widerruf der Genehmigung nach § 21 Abs. 1 Nr. 4 BImSchG rechnen?

Lösung Fall 81

Ein Widerruf nach § 21 Abs. 1 Nr. 4 BImSchG hat verschiedene Voraussetzungen.

1. Eine geänderte Rechtsvorschrift liegt in Gestalt der neuen Verordnung vor.
2. Die Behörde wäre nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, die Genehmigung nicht zu erteilen.
3. Der Widerruf käme jedoch nur dann in Betracht, wenn von der Genehmigung noch kein Gebrauch gemacht worden wäre. Dies ist jedoch der Fall. Auch die Errichtung des Gebäudes war bereits genehmigungspflichtig (§ 4 Abs. 1 S. 1 BImSchG). Ein Widerruf nach § 21 Abs. 1 Nr. 4 BImSchG scheidet aus.

Fall 82

Nachdem die Anlage des F (oben Fall 81) in Betrieb gegangen ist, erscheint in einer wissenschaftlichen Fachzeitschrift ein Aufsatz, in dem nachgewiesen wird, daß bei der angewandten Verbrennungsmethode in erheblichem Umfang Dioxine entstehen, die die Gesundheit von Anwohnern gefährden. Nachfolgende

Untersuchungen an der Universität R bestätigen dieses Ergebnis. Kann die Behörde die Genehmigung widerrufen?

Lösung Fall 82

In Betracht kommt ein Widerruf nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG. Fraglich ist, ob eine nachträglich eingetretene Tatsache vorliegt. Die Anlage hat von Beginn an Dioxine freigesetzt, nur war dies zunächst nicht bekannt. Die Erteilung der immissionsschutzrechtlichen Genehmigung war deshalb aber nicht rechtswidrig. Denn Erkenntnisse über die Schädlichkeit der Immissionen hatte die Behörde im Zeitpunkt der Genehmigungserteilung nicht. Neue wissenschaftliche Erkenntnisse sind als nachträglich eingetretene Tatsachen i. S. v. § 21 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG einzuordnen. Anders als bei § 48 VwVfG ist deshalb die Aufhebung nur dann zulässig, wenn ohne sie das öffentliche Interesse gefährdet würde. Da es zu einer Gefährdung der Nachbarschaft kommt, liegt ein öffentliches Interesse für den Widerruf vor.

Ergebnis: Ein Widerruf der Genehmigung nach § 21 Abs. 1 Nr. 3 BImSchG ist möglich.

Fall 83

E ist Eigentümer und Bewohner eines Wohnhauses in der Gemeinde G. 15 m gegenüber und in gleicher Höhe mit seinen Schlafzimmersfenster befindet sich die Feuersirene der freiwilligen Feuerwehr der Gemeinde, die dort auf dem Dach des Feuerwehrhauses angebracht ist. Sie erzeugt Lärm bis zu 110 dB (A) vor den Fenstern des E. Die Sirene tritt durchschnittlich vier Mal im Jahr nachts in Funktion (abgesehen von den Probeläufen, die vorher angekündigt werden und tagsüber stattfinden). E verlangt von der Gemeinde unter Berufung auf §§ 22 ff. BImSchG, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG und Art. 14 GG Unterlassung des Betriebes der Feuersirene. Er erhebt Klage vor dem Verwaltungsgericht. Ist die Klage zulässig? Welche Überlegungen wird das Gericht bei der Begründetheitsprüfung anzustellen haben?

Lösung Fall 83

A. Zulässigkeit der Klage

I. Verwaltungsrechtsweg (§ 40 Abs. 1 VwGO)

Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten ist dann gegeben, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt dann vor, wenn die streitentscheidenden Normen dem öffentlichen Recht zuzurechnen sind. Im vorliegenden Fall beruft sich N auf §§ 22 ff. BImSchG sowie seine Grundrechte, also auf Normen und Grundsätze des öffentlichen Nachbarrechts. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor.

II. Klageart

Richtige Klageart ist die allgemeine Leistungsklage. Die Beeinträchtigung des E in eigenen Rechten ist möglich (§ 42 Abs. 2 VwGO analog). Besondere Zulässigkeitsvoraussetzungen bestehen bei der allgemeinen Leistungsklage nicht.

Zwischenergebnis: Die Klage ist zulässig.

B. Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn E einen Unterlassungsanspruch gegen G hat.

I. Anspruch aus §§ 22 ff. BImSchG

E könnte einen Anspruch aus §§ 22 ff. BImSchG haben. Ein Anspruch gegen einen Hoheitsträger als „Störer“ folgt aus §§ 22 ff. BImSchG jedoch nicht. Die §§ 22 ff. BImSchG geben dem Gestörten u. U. lediglich formelle subjektive Rechte auf Einschreiten nach §§ 24, 25 BImSchG gegen den Störer.

(Anm.: Dieser Anspruch gegen die Immissionsschutzbehörde nützt dem E allerdings wenig. G ist als Hoheitsträger nur materiell, nicht formell ordnungspflichtig. Daher könnte die zuständige Behörde gegen G keine Verfügungen nach §§ 24, 25 BImSchG erlassen.)

II. Anspruch aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

Der Unterlassungsanspruch könnte aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG folgen. Voraussetzung dafür wäre ein mittelbarer „Eingriff“ in das Grundrecht. Die Eingriffsschwelle ist bei Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG

jedoch nur schwer zu bestimmen. Sie dürfte angesichts der geringen Zahl der Nachtalarmierungen nicht erreicht sein.

III. Anspruch aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG

Im Baurecht wird ein unmittelbar aus Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG folgender Abwehranspruch anerkannt, wenn ein Eigentümer in der Nutzung seines Grundstücks schwer und unerträglich betroffen wird. Auch diese Grenze ist jedoch wohl noch nicht erreicht.

IV. Allgemeiner öffentlich-rechtlicher Unterlassungsanspruch

1. Die Rechtsgrundlage des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs hat das BVerwG bisher offengelassen. Denkbar ist eine Analogie zu §§ 1004, 906 BGB oder – ähnlich dem Folgenbeseitigungsanspruch – eine Fundierung in den Grundrechten (BVerwGE 79, 254/257). Danach braucht ein Nachbar solche öffentlichrechtlichen Einwirkungen auf sein Grundstück nicht zu dulden, die *unzumutbar* sind.

2. Für die Beantwortung der Frage, wann eine unzumutbare Beeinträchtigung vorliegt, gibt es keine allgemein gültigen Maßstäbe. Notwendig ist vielmehr eine *Einzelfallbetrachtung*. Zurückgegriffen werden kann nach Ansicht des BVerwG auf die Kriterien, die zur Bestimmung der Erheblichkeit von Nachteilen und Belästigungen nach §§ 22 Abs. 3, 3 Abs. 1 BImSchG und zur Bestimmung der Wesentlichkeit nach § 906 Abs. 1 BGB verwendet werden. Beide Kriterien, Wesentlichkeit und Erheblichkeit, sollen sich entsprechen (BVerwGE 79, 254/258; BGH, DÖV 1990, 887ff.).

3. Angewendet auf den vorliegenden Fall ist deshalb eine Abwägung vorzunehmen, bei der folgende Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind:

- Gibt es einen anderen geeigneten Standort für die Sirene, durch die N weniger belästigt würde? (= Anwendung des Erforderlichkeitsgrundsatzes)
- Gibt es eine gleichermaßen wirksame Möglichkeit zur „stillen“ Alarmierung? Bezüglich dieser Frage dürfte die Gemeinde eine gewisse Beurteilungsprärogative haben. „Stille“ Alarmierung ist zudem teurer als der Sirenenbetrieb.

- Wie oft wird der Alarm nachts ausgelöst?
- Welche Grenze sehen die technischen Regelwerke vor?
- Wieweit werden die Grenzwerte überschritten?
- Inwieweit ist der Gebrauch der Sirene herkömmlich, sozial adäquat und allgemein akzeptiert?

Ergebnis: In der Regel wird in ländlichen Gemeinden der Gebrauch einer Feuerwehirsirene für die Nachbarn zumutbar und damit nicht rechtswidrig sein. N hätte dann keinen Unterlassungsanspruch.

Fall 84

F ist als Nachbar einer Standortfeuerwehr der Stadt S unzumutbaren Beeinträchtigungen durch die Feuerwehirsirene ausgesetzt, da fast jede Nacht Alarm ausgelöst wird. Es gibt jedoch keine andere finanzierbare und praktikable Möglichkeit zur Alarmierung der Feuerwehrleute. Könnte F verlangen, daß ihm die Stadt die Kosten für den Einbau von schallschluckenden Fenstern ersetzt, um den Lärm auf ein erträgliches Maß zu reduzieren?

Lösung Fall 84

Ja. Nach Auffassung des BVerwG gibt es einen allgemeinen Rechtssatz des Geldausgleichs im nachbarrechtlichen Verhältnis analog § 906 Abs. 2 S. 2 BGB, § 74 Abs. 2 S. 3 VwVfG und § 42 Abs. 2 BImSchG (BVerwGE 79, 254/262).

Die Voraussetzungen hierfür sind:

1. Der Nachbar ist einer unzumutbaren Beeinträchtigung ausgesetzt.
2. Der erforderliche Aufwand für eine Vermeidung der Beeinträchtigung steht jedoch außer Verhältnis zu dem verfolgten Zweck.

Die Rechtsfolge wäre der finanzielle Ausgleich für Maßnahmen des passiven Schallschutzes.

Fall 85

T betreibt im unbeplanten Innenbereich der Stadt R einen baurechtlich genehmigten Tischlereibetrieb. Nachbar N verlangt von der Stadt, daß dem T im Wege der immissionsschutzrechtlichen Verfügung aufgegeben wird, in das Werkstattgebäude geräuschdämmende Fenster einzubauen. Er sei Immissionen ausgesetzt, die die Grenzwerte der TA-Lärm übersteigen. Dadurch käme es zwar noch nicht zu Gesundheitsgefahren, wohl aber zu erheblichen Belästigungen. Hat N einen Anspruch auf eine entsprechende Anordnung?

Lösung Fall 85

A. Ein Anspruch könnte sich aus § 24 S. 1 BImSchG ergeben.

1. Voraussetzung hierfür wäre zunächst, daß es sich bei der Tischlerei um eine Anlage handelt. Dies ist nach § 3 Abs. 5 Nr. 1 BImSchG der Fall.

2. Die Tischlerei ist auch nicht genehmigungspflichtig.

3. Der Betrieb der Tischlerei müßte gegen § 22 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 3 Abs. 6 BImSchG verstoßen. Die Verwendung schallschluckender Fenster gehört zum Stand der Technik. Durch die Tischlerei müßten weiterhin schädliche Umwelteinwirkungen hervorgerufen werden. Die Grenzwerte der TA-Luft gelten zwar unmittelbar nur für genehmigungspflichtige Anlagen. Sie können aber auch zur Konkretisierung der Pflichten des § 22 BImSchG herangezogen werden. Mangels anderweitiger Hinweise läßt sich deshalb von erheblichen Belästigungen ausgehen.

Die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen für ein Einschreiten liegen also vor.

4. Ein Anspruch des N auf Einschreiten setzt aber weiter voraus, daß N ein entsprechendes subjektiv-öffentliches Recht hat. § 24 BImSchG ist eine Ermessensbestimmung. Sie gibt N soweit ein Recht auf fehlerfreie Ermessensausübung, wie die verletzte Pflicht des § 22 BImSchG drittschützend ist. Da § 22 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 3 Abs. 1 BImSchG drittschützenden Charakter hat, hat N ein entsprechendes formelles subjektives Recht.

B. In Betracht zu ziehen ist weiterhin ein Anspruch aus § 25 Abs. 1 BImSchG. Dies setzt jedoch vom Tatbestand her Lebens- oder Gesundheitsgefahren bzw. die Gefährdung bedeutender Sachwerte voraus. Solche Gefahren sind nicht gegeben.

Fall 86

Die Stadt S verweist N (oben Fall 85) auf den Zivilrechtsweg. N sei der einzige, der sich durch die Tischlerei belästigt fühle. Ist dies ermessensfehlerfrei?

Lösung Fall 86

Grundsätzlich steht gegen eine nichtgenehmigungsbedürftige und nicht genehmigte Anlage den Nachbarn der Zivilrechtsweg offen (Zweigleisigkeit von öffentlichem und privatem Nachbarrecht). Da N der einzige Nachbar ist, der sich beeinträchtigt fühlt, spricht kein öffentliches Interesse für ein Einschreiten. Die Ermessensausübung ist rechtmäßig.

Fall 87

B betreibt eine Großbäckerei mit einer Entladestation für Mehllieferungen. Die zuständige Behörde verlangt die Einrichtung einer neueren, moderneren Anlage, die erheblich weniger Lärm verursacht. Dies verlange der Vorsorgegrundsatz, auch wenn die bisherigen Immissionswerte unterhalb der Werte der TA-Lärm lägen. Erfolgt die Anordnung zu Recht?

Lösung Fall 87

Befugnisgrundlage ist § 24 S. 1 BImSchG. Die Mehlladestation ist eine nicht genehmigungsbedürftige Anlage. In § 22 BImSchG ist der Vorsorgegrundsatz (vgl. § 5 Abs. 1 Nr. 2 BImSchG) jedoch nicht niedergelegt. Er gilt deshalb für nichtgenehmigungsbedürftige Anlagen nicht (VGH München, GewArch 1987, 167ff.). Die Anordnung ist rechtswidrig.

Fall 88

Landwirt L betreibt im Außenbereich der Gemeinde G eine 1970 baurechtlich genehmigte Schweinemast mit 500 Mastschweineplätzen. Aufgrund einer in den siebziger und achtziger Jahren durchgeführten Bauleitplanung entstand in räumlicher Nähe zu seinem Betrieb Wohnbebauung. In den letzten Jahren häufen sich Beschwerden über erhebliche Geruchsbelästigungen durch den Betrieb des L. Aufgrund eines wissenschaftlichen Gutachtens haben die Geruchsbelästigungen eine Intensität, die Gesundheitsstörungen bei den Anwohnern befürchten lassen. Die zuständige Behörde untersagt darauf B den weiteren Betrieb der Schweinemast. Erfolgte die Untersagung zu recht?

Lösung Fall 88

I. Von den formellen Rechtmäßigkeiten der Verfügung kann ausgegangen werden.

II. Materielle Rechtmäßigkeit

Als Rechtsgrundlage für die Verfügung kommt § 25 Abs. 2 BImSchG in Betracht.

1. Zunächst müsste eine nichtgenehmigungsbedürftige Anlage vorliegen. Nach Nr. 7.1.e) des Anhangs zur 4. BImSchVO ist eine Mastanlage mit 500 Mastschweineplätzen genehmigungsfrei.

2. Voraussetzung ist weiter, daß das Leben und die Gesundheit von Menschen gefährdet sind. Auch Geruchsbelästigungen können zu Gesundheitsschäden führen.

3. § 25 Abs. 2 BImSchG ist eine Soll-Bestimmung. Nur in atypischen Fällen kann von einer Untersagung abgesehen werden. Ein solcher atypischer Fall könnte darin gesehen werden, daß die Wohnbebauung an den Betrieb herangerückt ist, dieser zeitlich zuerst vorhanden war. Dies dürfte aber kein atypischer Fall sein. Hierunter sind solche Beeinträchtigungen zu subsumieren, die nur geringe Gesundheitsgefährdungen hervorrufen. Dann ist Platz für eine Ermessensentscheidung der Behörde.

4. Auch das Übermaßverbot ist beachtet. Es gibt keinen Hinweis dafür, daß es ein milderes Mittel gibt. Die Maßnahme ist auch verhältnismäßig.

Ergebnis: Die Verfügung ist rechtmäßig.

Fall 89

L (oben Fall 88) verlangt von der Behörde Entschädigung. Zu Recht?

Lösung Fall 89

1. § 25 Abs. 2 BImSchG enthält keine Entschädigungsregelung.

2. Teilweise wird jedoch eine analoge Anwendung des § 21 Abs. 4 BImSchG befürwortet (so SCHENKE, Polizei- und Ordnungsrecht, Rdnr. 91). Für eine solche analoge Anwendung besteht jedoch kein Bedürfnis. L hat sich die immissionsschutzrechtliche Untersagung selbst zuzuschreiben. So hätte er sich gegen die Bauleitplanung bzw. die erteilten Baugenehmigungen wehren können und die Wohnbebauung verhindern können (gegen eine analoge Anwendung des § 21 Abs. 4 BImSchG auch ZITZELSBERGER, GewArch 1990, 271/272).

Fall 90

T betreibt im unbeplanten Innenbereich der Stadt S eine Tankstelle mit einer täglichen Betriebszeit von 5–24 Uhr. Nachbar N verlangt von der zuständigen Behörde eine Untersagung des Betriebs von 22 bis 6 Uhr. Vor seinen Schlafzimmerfenstern käme es nachts zu deutlichen Überschreitungen der Grenzwerte der TA-Lärm. Dies führe zu Schlafstörungen und deshalb zu Gesundheitsstörungen. Die zuständige Behörde untersagt daher unter Berufung auf § 25 Abs. 2 BImSchG den Betrieb für die Nachtzeit (22–6 Uhr).

T ficht den Bescheid nach erfolglosem Widerspruchsverfahren vor dem Verwaltungsgericht an. Er trägt vor, sowohl der Ausgangs- als auch der Widerspruchsbescheid beschränke sich auf die Fest-

tellung von gesundheitsgefährdenden Immissionen. Dies sei jedoch nicht ausreichend. § 24 und nicht § 25 Abs. 2 BImSchG sei die richtige Befugnisnorm. Das von § 24 BImSchG vorgesehene Ermessen verlange aber eine umfassende Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles. Daher hätte die Behörde die Bedeutung des Nachtbetriebes für den Bestand seines Unternehmens nicht beachtet. Zudem sei der Betrieb baurechtlich genehmigt, was der Beschränkung der Betriebszeit durch immissionsschutzrechtliche Verfügung entgegenstehe. Wird das Verwaltungsgericht den Bescheid deshalb oder wegen Ermessensfehlers aufheben?

Lösung Fall 90

1. Die Baugenehmigung steht der immissionsschutzrechtlichen Verfügung nicht entgegen. Im Baugenehmigungsverfahren wird im allgemeinen nicht über die Betriebszeiten entschieden. Der von der Baugenehmigung vorgegebene Nutzungsrahmen kann über das Immissionsschutzrecht konkretisiert werden (BVerwG, DÖV 1988, 560).

2. Ein Ermessensfehler (§ 114 VwGO, § 40 VwVfG) käme in Betracht, wenn § 24 BImSchG die richtige Befugnisnorm wäre. Dann hätte die Behörde möglicherweise nicht alle relevanten Umstände berücksichtigt. Die Verfügung konnte jedoch auch auf § 25 Abs. 2 BImSchG gestützt werden. § 25 Abs. 2 BImSchG erlaubt auch die nur teilweise Einschränkung des Betriebs. Die Voraussetzungen für ein Einschreiten (Gesundheitsgefahr!) liegen ebenfalls vor. § 25 Abs. 2 BImSchG ist aber keine normale Ermessens-, sondern eine Soll-Bestimmung. Zu einer umfassenden Ermessensbetätigung wäre die Behörde nur dann verpflichtet, wenn besondere Umstände des Einzelfalles vorlägen. Solche Umstände sind nicht vorgetragen (z.B. nur geringe Gesundheitsgefährdung, siehe auch BVerwG, NJW 1993, 342/343). Die Verfügung leidet deshalb nicht unter einem Ermessensfehler.

Fall 91

Würde es T (oben Fall 90) etwas nützen, wenn er vortragen würde, daß die Schlafzimmerfenster des N, die auf die Straßen gehen, baurechtswidrig errichtet und auch nicht genehmigungsfähig wären?

Lösung Fall 91

Ja. Ein Eingriff wäre dann weder nach § 24 BImSchG noch nach § 25 Abs. 2 BImSchG möglich. Eine baurechtswidrige Nutzung ist gegenüber einer in der Nachbarschaft rechtmäßig betriebenen Anlage nicht schutzwürdig. Es würden deshalb in einem solchen Fall keine schädlichen Umwelteinwirkungen vorliegen (BVerwG, NJW 1993, 342/343).

Fall 92

M betreibt eine Metzgerei in G (nicht genehmigungsbedürftige Anlage). Aufgrund von Beschwerden der Nachbarn erhält er einen Bescheid, in welchem er verpflichtet wird, die Messerschleifmaschine nicht mehr in den erdgeschossigen Produktionsräumen, sondern im Keller zu betreiben. Nach Bestandskraft der Anordnung überträgt M das Geschäft auf seinen Neffen N. Dieser betreibt die Messerschleifmaschine weiterhin im Erdgeschoß. Die Behörde untersagt deshalb den Betrieb der Metzgerei bis zur Erfüllung der Anordnung. Zu Recht?

Lösung Fall 92

Befugnisnorm für den Bescheid der Behörde ist § 25 Abs. 1 BImSchG.

1. Bei der Metzgerei handelt es sich um eine nicht genehmigungsbedürftige Anlage.
2. Fraglich ist, ob N als Betreiber einer vollziehbaren behördlichen Anordnung nach § 24 Abs. 1 BImSchG nicht nachgekommen ist. Die ursprüngliche Anordnung ist gegenüber M ergangen. Sie ist jedoch betriebs- und nicht betreiberbezogen und deshalb

on der Person des Betreibers unabhängig. Sie gilt deshalb auch gegenüber N.

Ergebnis: Die Verfügung kann auf § 25 Abs. 1 BImSchG gestützt werden.