

zung des ProstG und eventuell auch des StGB einzubringen, mit dem Ziel, Flatrate-Bordelle zu verbieten<sup>38</sup>. Insofern wird deutlich, dass die Volksvertreter den Betrieb von Flatrate-Bordellen nicht gleichgültig hinnehmen, sondern als sozialethisch verwerflich bewerten.

#### d) Ergebnis

Flatrate-Bordelle werden von der Rechtsgemeinschaft sozialethisch missbilligt. Deshalb ist ihr Betrieb im Rahmen einer erlaubnispflichtigen Gaststätte als unsittlich im Sinne des § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GastG einzustufen.

### III. Fazit

§ 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GastG bietet den Behörden verschiedene rechtliche Handlungsmöglichkeiten, gegen den Betrieb von Flatrate-Bordellen vorzugehen. Es besteht daher – zumindest aus gaststättenrechtlicher Sicht – keine zwingende Notwendigkeit, weitere gesetzgeberische Maßnahmen in die Wege zu leiten. Nichtsdestotrotz würde ein ausdrückliches gesetzliches Verbot für mehr Rechtssicherheit sorgen.

<sup>38</sup> LT-Drs. 14/4805, S. 1 ff.

### Berichte und Hinweise

*Ministerialdirigent Ulrich Schönleiter, Niederkastholz / Rechtsreferendarin Katharina Sprafke, Berlin\**

## Frühjahrssitzung 2010 des Bund-Länder-Ausschusses „Gewerberecht“

Der Bund-Länder-Ausschuss „Gewerberecht“ traf sich am 14./15.04.2010 zu seiner 107. Tagung in Frankfurt/Oder. Wiederum stand eine ganze Palette gewerberechtlich wichtiger Themen zur Diskussion, über die nachfolgend berichtet wird:

### 1. Übersicht über die Gesetzgebung auf gewerberechtlichem Gebiet

#### 1.1 Verordnung über Informationspflichten für Dienstleistungserbringer (DL-InfoV)

Die Dienstleistungs-Informations-Verordnung wurde am 12.03.2010<sup>1</sup> verkündet und trat mit einer kurzen Übergangsfrist zum 17.05.2010 in Kraft. Mit der DL-InfoV werden die in der EU-Dienstleistungs-Richtlinie normierten Informationspflichten sowie das Verbot der Verwendung diskriminierender Bedingungen für den Zugang zu einer Dienstleistung zentral und einheitlich für alle Dienstleistungserbringer, die in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen (also nicht die Finanzdienstleister, die Versicherungsvermittler, das Bewachungsgewerbe, die Glücksspielanbieter) umgesetzt. Über die Verordnung hat *Glückert* in der Juni-Nr. des GewArch<sup>2</sup> en detail unterrichtet.

Da die Verordnung auch auf Freiberufler Anwendung findet, wurde im Ausschuss die Frage diskutiert, ob der Vollzug für Rechtsanwälte, Steuerberater u.a. von den Gewerbeämtern oder den entsprechenden Kammern übernommen werden sollte, wie es der Bundesverband der Freien Berufe gefordert hat. Hierzu laufen derzeit die Prüfungen bei den zuständigen Fachressorts, da diesbezüglich ggf. Änderungen in den einschlägigen Fachgesetzen erforderlich sind.

#### 1.2 Verordnung zur Anpassung gewerberechtlicher Verordnungen an die Dienstleistungsrichtlinie

Die Verordnung wurde am 09.03.2010<sup>3</sup> verkündet und trat zum 18.03. in Kraft. Auch diese Verordnung ist eine Umsetzung der EU-Dienstleistungs-Richtlinie, womit die Umsetzung dieser Richtlinie auf dem Gebiet des Gewerberechts abgeschlossen ist. Sie ist als Sammel-VO angelegt und beinhaltet Änderungen der Versteigerer-, der Makler- und Bauträger- sowie der SchaustellerhaftpflichtVO. In der VerstV und der MaBV werden eine Reihe von Anzeigepflichten und sonstigen Anforderungen für nicht anwendbar auf Gewerbetreibende erklärt, die von einer Niederlassung in einem anderen

EU-/EWR-Staat aus vorübergehend selbständig gewerbsmäßig in Deutschland tätig werden. Im Gegenzug wird angeordnet, dass verschiedene Vorgaben der VerstV und der MaBV auch dann Anwendung auf im Inland niedergelassene Gewerbetreibende finden, wenn sie grenzüberschreitend in einem anderen EU-/EWR-Staat tätig werden und soweit es sich nicht um ortsbezogene Vorschriften handelt. Auch über diese Verordnung wurde im GewArch speziell berichtet<sup>4</sup>.

### 2. Vermittlung von Genossenschaftsanteilen – Erlaubnispflicht nach § 34c GewO?

Ein Land berichtete über mehrere Fälle, in denen als Gewerbe die „Vermittlung von Genossenschaftsanteilen“ angemeldet wurde. Diese Angebote seien auch von der Stiftung Warrentest kritisch beurteilt worden. Nach Auffassung des bundesweit tätigen Unternehmens, in dessen Auftrag die Vermittler tätig werden, sei diese Vermittlung von Genossenschaftsanteilen nicht erlaubnispflichtig. Denn es handle sich in den genannten Fällen lediglich um die Vermittlung von Mietkaufverträgen, die mit dem Erwerb von Genossenschaftsanteilen gekoppelt seien. Der Ausschuss fasste hierzu einvernehmlich folgenden Beschluss:

1. Die Vermittlung von Genossenschaftsanteilen an Wohnungsbauunternehmen gekoppelt mit der Vermittlung von Mietkaufverträgen fällt nicht unter § 34c Abs. 1 S. 1 Nr. 2, letzte Variante „Kapitalgesellschaft“ GewO.

2. Für die Vermittlung von Genossenschaftsanteilen an Wohnungsbauunternehmen gekoppelt mit der Vermittlung von Mietkaufverträgen ist eine Erlaubnis gemäß § 34c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GewO erforderlich.

Ob für die Vermittlung von Genossenschaftsanteilen z.B. an Photovoltaikanlagen, Blockkraftwerken oder Windparks eine Erlaubnis gemäß § 34c Abs. 1 S. 1 Nr. 2, letzte Variante („Kapitalgesellschaft“) GewO erforderlich ist, hängt davon ab, ob Genossenschaften als Kapitalgesellschaften angesehen werden können. Dies ließ der Ausschuss in Hinblick auf das personifizierte Stimmrecht bei Genossenschaften offen.

### 3. Überarbeitung der Gewerbeanzeigen-Verwaltungsvorschrift

Ebenso der EU-Dienstleistungs-Richtlinie war – neben anderen – die Überarbeitung der Muster-Verwaltungsvorschrift zur Durchführung der §§ 14, 15 und 55c der Gewer-

\* Min.-Dgt. Schönleiter ist Unterabteilungsleiter im Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie; Autorin Sprafke war Rechtsreferendarin im Gewerbe-rechtsreferat des BMWi.

<sup>1</sup> BGBl. I, 267.

<sup>2</sup> GewArch 2010, 195.

<sup>3</sup> BGBl. I, 264.

<sup>4</sup> S. Glückert in GewArch 2010, 234.

beordnung (GewAnzVwV) geschuldet. Neu sind insbesondere die Anpassungen an den neuen § 4 GewO (zur Abgrenzung zwischen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit), die Aussagen zur elektronischen Erstattung der Gewerbeanzeige, zur EU-Berufsanerkennungs-Richtlinie und zur europäischen Verwaltungszusammenarbeit. Die Länder indossierten den vom Bund vorgelegten Entwurf mit einigen Korrekturen. Da die GewAnzVwV kaum noch von den Ländern formell umgesetzt wird, werden die Länder das inzwischen bei gewerberechtlichen Verwaltungsvorschriften übliche Verfahren nutzen und diese informell den Kommunen als Arbeitshilfe zur Verfügung stellen. Angesichts des einheitlichen Akzepts im Ausschuss kann von einer bundesweit einheitlichen Vorgehensweise bei der Gewerbeanzeige ausgegangen werden. Diese wichtige neue VwV wird darüber hinaus auch alsbald in den einschlägigen Kommentaren zur GewO wie z.B. im Landmann-Rohmer abgedruckt sein.

#### 4. Einheitliche Vordrucke für die Anzeige nach § 13a GewO

Im Ausschuss wurde diskutiert, ob seitens der Länder einheitliche Vordrucke für die Anzeige nach § 13a GewO für sinnvoll erachtet werden, die z.B. an die Ausländergewerbeverwaltungsvorschrift angefügt werden könnten. Berlin teilte mit, dass dort entsprechende Vordrucke für § 13a GewO bereits entworfen worden seien und wird diese nach der abschließenden landesinternen Abstimmung an den Ausschuss zur entsprechenden Empfehlung übersenden.

#### 5. Gewerbeanzeige

Das BMWi berichtete über den Kabinettsbeschluss vom 27.01.2010, mit dem Eckpunkte zum Bürokratieabbau und zur besseren Rechtsdurchsetzung beschlossen wurden. Zu den Projekten für das Jahr 2010 gehört auch die Erleichterung der elektronischen Übermittlung der Gewerbeanzeige. Nachdem die elektronische Erstattung der Gewerbeanzeige nach bestehender Rechtslage in Form der qualifizierten elektronischen Signatur bereits zulässig ist, hat das BMWi auf der Amtscheffkonferenz vom 11.05.2010 sowie auf der Wirtschaftsministerkonferenz am 17./18.06.2010 angeregt zu prüfen, ob für die Erstattung der Gewerbeanzeige auf das Erfordernis der qualifizierten elektronischen Signatur zugunsten der „fortgeschrittenen elektronischen“ Signatur verzichtet werden könne. Die fortgeschrittene elektronische Signatur ermöglicht die eindeutige Zuordnung der Unterschrift des Unterzeichners, ohne dass, wie bei der qualifizierten elektronischen Signatur, eine Signaturkarte oder ein Kartenlesegerät benötigt wird.

#### 6. Bewachungsverordnung – Erweiterte Zuverlässigkeitsprüfung, insb. Einbeziehung der Polizei- und Verfassungsschutzbehörden

Der Ausschuss befasste sich mit der Bitte des BMI um Ergänzung der Zuverlässigkeitsprüfung, insbesondere der Einbeziehung von Polizeibehörden und Verfassungsschutzbehörden, da in den vergangenen zwei Jahren Sachverhalte bekannt geworden sind, in denen polizeilich als so genannte „Gefährder“ geführte Personen im Sicherheitsgewerbe tätig waren.

Die meisten Sicherheitsdienstleistungen fallen unter die gewerberechtliche Regelung der Ausübung des Bewachungsgewerbes nach § 34a Abs. 1 GewO, die in Verbindung mit der ergänzenden Bewachungsverordnung die Anforderungen an die Zuverlässigkeit und Sachkunde der Gewerbetreibenden sowie der zur Bewachung eingesetzten Personen

festlegt. Die Zuverlässigkeit der eingesetzten Mitarbeiter wird vor der Einstellung von der zuständigen Behörde überprüft, die eine unbeschränkte Auskunft aus dem Bundeszentralregister einholt. Ein durchgängiger Abgleich mit dem polizeilichen Datenbestand findet hingegen nicht statt. Um diese Lücke zu schließen, sollte nach Ansicht des BMI über eine Ausweitung der Zuverlässigkeitsvoraussetzung im Sicherheitsgewerbe nachgedacht werden. Insbesondere sollte auf polizeiliche Erkenntnisse zurückgegriffen werden.

Im Ausschuss wurde darauf hingewiesen, dass eine Anfrage zu polizeilichen Erkenntnissen nach der StPO über die Staatsanwaltschaft erfolgen müsse und diese nicht generell, sondern von Fall zu Fall erfolgt. Für eine routinemäßige Abfrage bestehe zur Zeit kein hinreichender Grund. Insbesondere durch die §§ 9 Abs. 2 S. 2 und 15 BewachV erhalten die Gewerbeämter bereits Informationen über eventuelle Straftaten oder eine von der Person potentiell ausgehenden Gefahr.

Zudem wurde angeführt, dass die Zusammenarbeit der Behörden in der Regel gut funktioniere und eine generelle Abfrage bei der Staatsanwaltschaft insofern nicht erforderlich sei.

#### 7. Wanderlager – unentgeltliche Zuwendungen wie Reisegutscheine u.ä.

Im Ausschuss diskutiert wurde die rechtliche Bewertung von Reisegutscheinen für Veranstaltungseinladungen, die als Werbemaßnahme in einigen Ländern aufgetreten sind. Ausgangspunkt waren Wanderlagerveranstaltungen, in denen für Reisen geworben werden sollte. Der Einladung war dabei ein Reisegutschein beigelegt, der per Telefon, über das Internet oder auch am Abend der Veranstaltung eingelöst werden kann.

Aufgrund des Schutzzwecks des § 56a GewO war sich der Ausschuss darüber einig, dass der Reisegutschein als Ankündigung einer unentgeltlichen Zuwendung anzusehen ist und der Ausgestaltung einer solchen Veranstaltungseinladung § 56a GewO entgegensteht. Mit dem Verbot unentgeltlicher Zuwendungen soll gerade verhindert werden, dass durch die Ankündigung ein zusätzlicher Anreiz entsteht, der vom Charakter einer Verkaufsveranstaltung ablenkt. Das Ziel der Vermeidung weiterer Anlockeffekte dient insofern vor allem dem Verbraucherschutz, da im Fall der Zulässigkeit von Werbung mit unentgeltlichen Zuwendungen die Gefahr besteht, dass der Kunde noch stärker zur Teilnahme am Wanderlager motiviert wird. Zwischen dem Reisegutschein und der Veranstaltung besteht eine Konnexität, die eine Motivation zur Teilnahme darstellt und durch § 56a GewO verhindert werden soll. Dass Alternativmöglichkeiten zur Einlösung des Gutscheins bestehen, ist insoweit unerheblich.

#### 8. Sachverständigenordnungen

Von einem Land waren Fragen zur Mustersachverständigenordnung des DIHK aufgeworfen worden, insbesondere zur Frage der Altersgrenzen und zur Befristung der öffentlichen Bestellung.

Das BMWi wies in diesem Zusammenhang auf die beim BVerwG anhängigen Revisionsverfahren hin, in denen geklärt werden soll, ob Altersgrenzen für die öffentliche Bestellung von Sachverständigen gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) und die Richtlinie 2000/78/EG verstoßen (Az. BVerwG 8 C 45.09 und BVerwG 8 C 46.09). Nach Auffassung des BMWi finden weder das AGG noch die Richtlinie 2000/78/EG Anwendung, da es sich bei der

Altersbegrenzung nicht um eine Berufszugangsregelung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG, sondern um eine Berufsausübungsregelung handelt. Auch die bisherige Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte hat die Anwendbarkeit des AGG verneint.

## 9. Gewerbebeanmeldungen von Photovoltaikanlagen auf Hausdächern

Der BLA beschäftigte sich erneut mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen der Betrieb von Photovoltaikanlagen auf privaten Wohnhäusern als Gewerbe im Sinne der Gewerbeordnung einzustufen und damit anzeigepflichtig nach § 14 GewO ist.

Der Ausschuss war in seiner 100. Sitzung (2006) zu dem Ergebnis gekommen, dass kleine Photovoltaikanlagen mit einer Leistung bis 3 kWp oder 5 kWp aus dem Gewerbebereich auszuklammern und in den Bereich der bloßen „Verwaltung eigenen Vermögens“ einzuordnen sind<sup>5</sup>.

Aufgrund der fortlaufenden Weiterentwicklung der Photovoltaikanlagen und der damit einhergehenden Leistungssteigerungen wurde die Abgrenzung nach dem Schwellenwert jedoch für ungeeignet befunden, zumal die gewerberechtliche Behandlung der Photovoltaikanlagen in den Bundesländern mittlerweile nicht mehr einheitlich ist. Diese soll nunmehr nach anderen Parametern erfolgen. Entscheidend soll künftig lediglich sein, ob die Photovoltaikanlage auf dem Dach eines selbst genutzten Gebäudes steht. Denn im herkömmlichen Fall der Stromerzeugung durch Photovoltaikanlagen auf Hausdächern ist bei den dabei üblichen Größenordnungen weder aufgrund der zu erwartenden Einnahmesituation noch aufgrund der Gesamtbetrachtung der Tätigkeit ein Gewerbe im Sinne der Gewerbeordnung anzunehmen. Insofern lassen sich zur Abgrenzung nicht nur die in langjähriger Verwaltungs- und Gerichtspraxis entwickelten vier positiven Merkmale zur Inhaltsbestimmung des Gewerbebegriffs als Beurteilungsmaßstab heranziehen, sondern als zusätzliches Kriterium eine wertende Gesamtbetrachtung. Nach dieser liegt bei einer Photovoltaikanlage auf dem Dach eines selbst genutzten Gebäudes keine gewerberechtlich relevante Tätigkeit vor, da es an einer gewissen Intensität des Gewinnstrebens fehlt und die Tätigkeit nur geringfügige Auswirkungen auf den Wirtschaftsverkehr hat (de facto nur an Geschäftspartner i.F. des EVU's). Darüber hinaus ist auch der Verbraucherschutz nicht tangiert.

Der Ausschuss fasste daher folgenden Beschluss:

Für den Betrieb von Photovoltaikanlagen als selbstständiges Gewerbe ist eine Gewerbebeanmeldung erforderlich. Ein Indiz für ein selbstständiges Gewerbe ist die Installation von Photovoltaikanlagen auf fremd genutztem Gelände. Nicht erforderlich ist eine Gewerbebeanmeldung, wenn die Photovoltaikanlagen auf Dächern eigen genutzter Gebäude installiert werden. Vorsorglich ist darauf hinzuweisen, dass die Gewerbeanzeige in keinem rechtlichen Zusammenhang mit der Anmeldung des Vorsteuerabzuges steht. Der Gewerbebegriff im Steuerrecht ist bereichsspezifisch zweckgebunden und mit dem Begriff des Gewerbes im Sinne der Gewerbeordnung nicht identisch. Die gewerberechtliche Einordnung des Betriebs von Photovoltaikanlagen wird deshalb durch die vom Bundesfinanzministerium vorgenommene umsatzsteuerliche Einstufung der Tätigkeit nicht präjudiziert.

## 10. Spielrecht

### 10.1 Aufstellung von Geldspielgeräten in „aufgespaltenen“ Gaststätten

Seit Neuestem versuchen einige Gastwirte ihre bislang ein-

heitlich geführten Gaststätten aufzuspalten, um für jede einzelne eine Geeignetheitsbestätigung nach § 33c Abs. 3 GewO erhalten und dann jeweils drei Geldspielgeräte aufstellen zu können. Zu dieser Entwicklung wurde auf den Beschluss des VG Regensburg vom 04.08.2008 (Az. RO 5 S 08.1202) verwiesen, mit dem die Rechtmäßigkeit der Ablehnung einer Geeignetheitserklärung nach § 33c Abs. 1 S. 3 GewO i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 SpielV für Wettbüros bestätigt wurde. Dies wurde insbesondere damit begründet, dass § 1 Abs. 1 Nr. 1 SpielV nur „Gaststätten im herkömmlichen Sinne“ umfasse, „die von den Besuchern in erster Linie zur Wahrnehmung der gaststättentypischen Tätigkeiten (Einnahme von Speisen und Getränken, Kommunikation) aufgesucht werden. Dies ist nicht der Fall, wenn der Besuch primär anderen Zwecken dient, insbesondere dem Zweck, sich an Spielgeräten zu betätigen und die Einnahme von Getränken nur als zusätzliches Angebot wahrgenommen wird“. Diese Kriterien könnten auf den vorliegenden Sachverhalt übertragen werden. Insoweit komme es auch auf den Gesamteindruck an. In einem ähnlich gelagerten Fall hat das VG Berlin (Beschl. v. 20.01.2010 – VG 4 L 357.09) eine Auflage zu einer Geeignetheitsklärung nach § 33c Abs. 1 S. 2 GewO für rechtmäßig befunden, wonach nur ein Geldspielgerät aufgestellt werden durfte. Begründet wurde dies mit der Aufrechterhaltung des Gaststättencharakters. Durch eine größere Anzahl von Spielgeräten würde sich im Verhältnis zur vorhandenen Fläche (in dem Fall 35 qm) das Gepräge des Betriebes dahingehend verändern, dass von einem Spielhallenbetrieb ausgegangen werden müsste, der nicht genehmigungsfähig wäre. Das VG hat bereits weitere vergleichbare Entscheidungen getroffen. Insofern könnten ggf. auch die Gaststättenverordnungen herangezogen werden, soweit sie noch Mindestflächenanforderungen enthalten (was jedoch in den meisten Ländern wohl gestrichen ist). Der Ausschuss war sich einig, dass sowohl das Gepräge als „Gaststätte im herkömmlichen Sinne“ als auch die für die Einordnung als Gaststätte erforderliche Fläche geeignete Kriterien sind, um in den o.g. Fällen der Aufspaltung von Gaststättenbetrieben über die Geeignetheitsbestätigung zu entscheiden.

### 10.2 Unbedenklichkeitsbescheinigung für unentgeltlich durchgeführte Spiele mit Gewinnauslobung

Diskutiert wurde, ob im Falle einer unentgeltlichen Durchführung von Spielen i.S.d. § 33d GewO zu Werbezwecken eine Unbedenklichkeitsbescheinigung erteilt werden kann. Das Bundeskriminalamt hatte dies mit dem Argument abgelehnt, dass die Bescheinigung nur für Fälle erteilt werden könne, in denen Entgelt für die Spielteilnahme erhoben wird. Der Ausschuss folgte dem im Ergebnis, aber mit anderer Begründung: Seiner Auffassung nach ist § 33d GewO auf unentgeltliche Spiele von vornherein nicht anwendbar; derartige Spiele sind nicht genehmigungsbedürftig. In diesen Fällen kann folglich auch keine Unbedenklichkeitsbescheinigung erteilt werden.

### 10.3 Bonussysteme in Spielhallen

Bayern berichtete, dass das BVerwG die Entscheidung des Bay. VGH vom 15.10.2008<sup>6</sup> über die Zulässigkeit eines Bonussystems in Spielhallen gemäß § 9 Abs. 2 SpielV aufgehoben hat<sup>7</sup>. Nach Auffassung des BVerwG ist das fragliche Bonussystem nach § 9 Abs. 2 SpielV verboten. Danach dür-

<sup>5</sup> S. den Bericht in GewArch 2006, 108 Nr. 10.

<sup>6</sup> GewArch 2009, 36.

<sup>7</sup> Die Entscheidung des BVerwG ist in diesem Heft auf S. 302 abgedruckt.

fe der Aufsteller eines zugelassenen Spielgerätes dem Spieler neben der Gewinnausgabe keine sonstigen Gewinnchancen in Aussicht stellen und keine Zahlungen oder sonstigen finanziellen Vergünstigungen gewähren. Die Gutschrift von Bonuspunkten auf der Chipkarte stelle eine solche finanzielle Vergünstigung im Sinne der Spielverordnung dar.

#### 10.4 Einrichtung eines Sachverständigen für Geldspielgeräte und andere münzbetätigte Automaten

Immer wieder klagen die Vollzugsbehörden über die Komplexität des Spielrechts, welches einen effektiven Vollzug behindere. Das BMWi hat daher eine bei der IHK Berlin eingerichtete Arbeitsgruppe zur Erarbeitung der Bestellungs-voraussetzungen für den künftigen nach § 36 GewO „öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen für bargeld- und bargeldlos betätigte Automaten“ angestoßen. Damit soll den Vollzugsbehörden wie auch den Gerichten eine Hilfe für die Beurteilung von unklaren oder schwierig zu bewertenden Fallgestaltungen angeboten werden. Diese Sachverständigen sind nicht mit denen zu verwechseln, die den sog. „Automaten-TÜV“ nach § 7 SpielV durchführen. Vielmehr soll ihr Sachgebiet, ähnlich wie in den neuen Automatenausbildungsberufen, in vier eigenständige Untergruppen aufgeteilt werden:

- Geldspielautomaten
- Unterhaltungsautomaten
- Vendingautomaten (Warenverkaufsautomaten)
- Dienstleistungsautomaten

Sachverständige können sich für eine oder mehrere dieser Untergruppen öffentlich bestellen und vereidigen lassen.

Unter Federführung der IHK Berlin wird ein Fachgremium zur Überprüfung der besonderen Sachkunde der Antragsteller für das neue Sachgebiet gegründet. Es ist geplant, dass die ersten Bestellungsverfahren noch in diesem Jahr beginnen können. Interessenten für die Teilnahme als Prüfer in diesem Sachgebiet können sich bei der IHK Berlin bewerben.

### 11. Versicherungsvermittlerrecht

#### 11.1 Abgrenzung zwischen erlaubnisfreier Werbung und Versicherungsvermittlung – Versicherungsrechner

Der Ausschuss befasste sich mit der Frage, nach welchen Kriterien erlaubnisfreie Werbung von der erlaubnispflichtigen Versicherungsvermittlung abgegrenzt werden kann. Hierzu wurde auf den Fall des Einzelhändlers Tchibo verwiesen, der auf seiner Internetseite für die Produkte einer bestimmten Versicherung geworben hatte verbunden mit der Angabe einer Telefonnummer zu dem Versicherungsunternehmen, über die unter Hinweis auf die Seite von Tchibo günstigere Tarife mit dem Versicherungsunternehmen ausgehandelt werden konnten. In diesem Fall ist ein Verfahren vor dem LG Hamburg anhängig; ein Urteil liegt noch nicht vor. Der Ausschuss hielt sich hier mit einer eindeutigen Positionierung angesichts der Vielzahl möglicher Fallgestaltungen zurück. Allerdings ist nach einstimmiger Auffassung des Ausschusses nicht jede Werbeanzeige (z.B. im Internet oder in einer Tagesanzeige) als Versicherungsvermittlung einzuordnen; die Abgrenzung zur erlaubnispflichtigen Versicherungsvermittlung muss für den Einzelfall getroffen werden. Der Ausschuss diskutierte in diesem Zusammenhang die sog. *Versicherungsrechner im Internet*, welche den Kunden entsprechend dessen Angaben einen Angebotsvergleich verschiedener Versicherungsunternehmen zur Verfügung stellen. Die Entscheidung über die Auswahl des Versicherungsunter-

nehmens trifft der Kunde. Der Kunde nimmt in diesen Fällen unmittelbaren Kontakt mit dem Versicherungsunternehmen auf. Hier sieht der Ausschuss die Schwelle zur erlaubnispflichtigen Vermittlung noch nicht als überschritten an.

#### 11.2 Anerkennung von Hochschulabschlüssen aus Nicht-EU/EWR-Ländern als Sachkunde nach § 4 Abs. 2 VersVermV

§ 4 Abs. 2 VersVermV ermöglicht grundsätzlich die Anerkennung akademischer Abschlüsse als Nachweis der genügenden Sachkunde i.S.d. § 34d Abs. 1 GewO. Allerdings erstreckt sich nach einhelliger Auffassung des Ausschusses dieses Privileg nicht auf Hochschulabschlüsse aus Staaten außerhalb des EU- bzw. des EWR-Raumes. Die Anerkennung wäre weder vom Wortlaut der Vorschrift noch von der Gesetzessystematik gedeckt. Für die Anerkennung von ausländischen Berufsabschlüssen gilt § 4a VersVermV, mit dem die RL 2005/36/EG umgesetzt wurde. Nach § 4a Abs. 1 S. 2 VersVermV sind Sachkundenachweise aus Drittstaaten nachweisen aus EU-/EWR-Staaten gleichgestellt und entsprechend anzuerkennen, wenn der konkrete Nachweis in einem EU-/EWR-Staat anerkannt wurde und dieser Staat dem Inhaber bescheinigt, in seinem Hoheitsgebiet mindestens 3 Jahre Berufserfahrung auf dem Gebiet der Versicherungsvermittlung und -beratung erworben zu haben.

#### 11.3 Registrierung von „Private Companies Limited by Shares“ (Ltd.)

Über die unzulässige Tätigkeit von Versicherungsvermittlern, die gesellschaftsrechtlich im Vereinigten Königreich als „Limited“, in Deutschland aber als Vermittler mit einer hiesigen Erlaubnis der IHK registriert sind, wurde bereits berichtet<sup>8</sup>. Nunmehr teilte das BMWi mit, dass noch 7 als „Limited“ organisierte Versicherungsvermittlungsunternehmen bei den IHKn registriert sind, die einer Registrierung durch die englische Financial Services Authority (FSA) bedürfen oder eine andere Gesellschaftsform mit Gründungssitz in Deutschland wählen müssen. Hierbei handelt es sich um Unternehmen in den Bezirken der IHKn Dresden (2), Leipzig (2), Amsberg, Südthüringen und Kiel. Das BMWi wird die Registrierungszüge den jeweiligen Ländern zur Verfügung stellen mit der Bitte, diese zu einer Umfirmierung zu bewegen; die FSA sei nicht mehr bereit, diese nach der EU-Versicherungsvermittler-RL unzulässige Registrierung länger hinzunehmen. Inzwischen werde dort über Zwangsmaßnahmen wie z.B. Abmeldung der „Limited“ im zuständigen Company-Register oder Übersendung von Untersagungen nachgedacht. Das BMWi wies darauf hin, dass die mangelnde Beachtung der Rechtslage von Seiten der deutschen Vermittlerfirmen auch auf die hiesige Zuverlässigkeitsbewertung durchschlagen könnte.

### 12. Anmeldepflicht von haushaltsnahen Dienstleistungen

Die Einordnung haushaltsnaher Dienstleistungen bei der Gewerbeanmeldung erfolgt zurzeit nicht einheitlich. Zum Teil werden haushaltsnahe Dienstleistungen als „Gebäudereinigung“ mit der Zuständigkeit der HWK oder aber auch als „Reinigung nach Hausfrauenart“ mit der Zuständigkeit der IHK qualifiziert. Für den Gewerbetreibenden sind damit unterschiedliche Rechtsfolgen verbunden. In einem vom BMWi eingerichteten Arbeitskreis soll deshalb geprüft werden, ob haushaltsnahe Dienstleistungen künftig unter einer gesonderten Wirtschaftszweigklassifikation erfasst werden können.

<sup>8</sup> S. zuletzt den Bericht in GewArch 2009, 294 zu Nr. 8.

Gleichzeitig sollen Existenzgründungen in diesem Bereich verbessert und Bürokratielast vermindert werden.

### 13. Von Arbeitsagenturen verlangte Ummeldung vom Haupt- zum Nebengewerbe

Das BMWi informierte über die nochmalige Bestätigung durch das Bundesarbeitsministerium (BMAS), dass die Arbeitsagenturen im Falle der Beantragung eines Existenzgründungszuschusses von dem Gewerbetreibenden keine Ummeldung verlangen. Nach Auskunft des BMAS wird auf die Vorlage einer Anmeldung verzichtet, wenn auf dem Antrag für den Gründungszuschuss angegeben wird, dass die selbständige Tätigkeit bereits im Nebengewerbe ausgeübt wurde. In diesem Fall genügt die erstmalige Anmeldung des Gewerbes. Wurde die Tätigkeit bislang noch nicht ausgeübt, muss die Gewerbeanmeldung vorgelegt werden. Das von der Arbeitsverwaltung (Spitzenverband der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung) in diesen Fällen verwendete Antragsformular wird das BMWi den Ländern zur Verfügung stellen, so dass diese es evtl. im Verfahren von dem Einheitlichen Ansprechpartner verwenden können.

## Grenzen zulässiger Äußerungen von Industrie- und Handelskammern

*Pressemitteilung Nr. 53/2010 vom 24.06.2010 des Bundesverwaltungsgerichts*

IHKs dürfen Stellungnahmen oder sonstige Erklärungen nur zu Themen abgeben, bei denen es um nachvollziehbare Auswirkungen auf die gewerbliche Wirtschaft in ihrem Bezirk geht. Das hat das BVerwG in Leipzig entschieden.

Geklagt hatte ein Reisebüro, das kraft Gesetzes Mitglied der bekl. IHK ist und sich gegen einzelne Äußerungen in einem Grundsatzpapier der IHK zu Themen der Bildungs-, Forschungs-, Umwelt-, Energie- und Verkehrspolitik, der sog. „Limburger Erklärung“, wandte. Das VG hatte die Klage abgewiesen, der Hess. VGH dagegen einen Teil der Äußerungen für rechtswidrig gehalten.

Das BVerwG ist dem vom VGH aufgestellten rechtlichen Maßstab, nach dem Äußerungen zu Themen, die Interessen der gewerblichen Wirtschaft im Randbereich berühren, nur eingeschränkt zulässig sind, nicht gefolgt. Auch in diesem Bereich ist es den IHKs gestattet, das durch sie repräsentierte Gesamtinteresse ihrer Mitglieder zur Geltung zu bringen. Belange der gewerblichen Wirtschaft werden wahrgenommen, wenn die Äußerung sich auf einen Sachverhalt bezieht, der nachvollziehbare Auswirkungen auf die Wirtschaft im Bezirk der IHK hat. Diese Auswirkungen müssen sich aus der Äußerung und ihrem textlichen Zusammenhang ergeben. Da die IHKs als öffentl.-rechtl. Körperschaften öffentl. Aufgaben wahrnehmen, müssen sie auch bei ihrer Aufgabe, die gewerbliche Wirtschaft gegenüber dem Staat zu vertreten, das höchstmögliche Maß an Objektivität walten lassen und dürfen keine reine Interessenvertretung sein. Das setzt voraus, dass ihre Äußerungen sachlich sind und die notwendige Zurückhaltung wahren.

Erklärungen und Stellungnahmen müssen zudem unter Einhaltung des dafür vorgesehenen Verfahrens zustande kommen. Die Pflichtmitgliedschaft der Gewerbetreibenden ist nur gerechtfertigt, wenn deren Gesamtinteresse, das die IHK wahrzunehmen hat, durch die nach Gesetz und Satzung zuständigen Gremien ermittelt wurde. Daran fehlte es im vor-

liegenden Fall, weil die „Limburger Erklärung“ erst nach ihrer Veröffentlichung von der Vollversammlung der Beklagten genehmigt wurde. Das macht sie auch unabhängig von ihrem Inhalt rechtswidrig.

BVerwG 8 C 20.09 – Urteil vom 23.06.2010

BVerwG, Pressestelle

(Anmerkung der Redaktion: Die genannte Entscheidung des Hess. VGH wurde in GewArch 2009, 158 ff. mit Anmerkung Siebert, S. 161 f. und Besprechung Jahn, S. 434 ff. veröffentlicht.)

## Unzulässigkeit der Arzneimittelabgabe über fremdgesteuerte Apothekenterminals

*Pressemitteilung Nr. 57/2010 vom 24.06.2010 des Bundesverwaltungsgerichts*

Das BVerwG in Leipzig hat heute in zwei Klageverfahren selbständiger Apotheker aus Rheinland-Pfalz und Baden-Württemberg die Abgabe von Arzneimitteln mittels sog. Apothekenterminals im Wesentlichen für unzulässig erklärt. Mit diesen außen an den Apotheken angebrachten Geräten werden Apothekenwaren einschließlich apotheken- und rezeptpflichtiger Medikamente durch einen Automaten abgegeben, wobei die Kunden über Videotelefon in Kontakt zu einem Apotheker treten. Dieser berät die Kunden, kontrolliert bei einer Abgabe auf Verschreibung das eingescannte Rezept via Bildschirm und gibt das gewünschte Arzneimittel frei. Für die Bedienung der Geräte außerhalb der Öffnungszeiten der Apotheken haben die Kläger jeweils Serviceverträge mit einer GmbH geschlossen, die die Arzneimittelabgabe mit angestellten Apothekern über ein Servicecenter organisiert, mit dem die Terminals per Internet verbunden sind. Die Vorinstanzen haben den Einsatz dieser Terminals teils insgesamt, teils nur bei Arzneimitteln, die auf Verschreibung abgegeben werden, als unzulässig angesehen.

Das BVerwG hat entschieden, dass die Abgabe von Arzneimitteln über ein Apothekenterminal zum einen unzulässig sei, soweit es verschreibungspflichtige und verschriebene Arzneimittel betreffe, weil in diesen Fällen den gesetzl. Dokumentationspflichten des Apothekers nicht genügt werde. Er müsse die Angaben auf dem Rezept bei der Abgabe des Arzneimittels abzeichnen und evtl. Änderungen unterschreiben; das sei bei einer automatisierten Abgabe über ein Terminal nicht möglich. Zum anderen sei der Betrieb der Abgabeterminals unzulässig, soweit die Geräte nicht von dem Personal der Apotheke, sondern über ein Servicecenter bedient würden. Der Apotheker sei nach dem Apothekengesetz zur persönl. Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung verpflichtet. Damit lasse sich nicht vereinbaren, die Abgabe von Arzneimitteln aus der Apotheke einschließlich der Beratung und Information der Kunden auf einen gewerblichen Dienstleister zu übertragen. In dem Servicevertrag vereinbarte Weisungsrechte des Apothekers gegenüber dem Personal der Serviceagentur seien kein gleichwertiger Ersatz für die Aufsichts- und Kontrollbefugnisse gegenüber dem Personal seiner Apotheke. Die insoweit durch das ApoG bewirkte Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG sei durch die vom Gesetzgeber bezweckte Sicherheit der Arzneimittelabgabe gerechtfertigt.

BVerwG 3 C 30.09 und 3 C 31.09 – Urteile vom 24.06.2010

BVerwG, Pressestelle