

Forum-Gewerberecht | Gaststättenrecht | Gewerbeuntersagung wegen fehlender Gaststättenerlaubnis

Autor	Beitrag
tamam 03.02.2009 19:16	Hallo, folgender Fall, kam gestern in einer klausur dran und mich wurmt schon die ganze zeit, ob ich den fall richtig gelöst habe. vielleicht kann mir jemand vorab helfen, weil ich die ergebnisse erst in einem monat oder später bekomme ;) ""A betreibt eine milchbar und verkauft lediglich milch und milcherzeugnisse. seit diesem jahr kocht er jedoch auch und bietet bier und schnapps zum essen an. er besitzt keine gaststättenerlaubnis und erhält von der behörde, nachdem ihm vorher Gelegenheit gegeben wurde sich zu äußern, folgenden bescheid: "hiermit verbieten wir ihnen jede weitere ausübung ihrer tätigkeit" er legt form- und fristgerecht erfolglos widerspruch ein und klagt dann beim verwaltungsgericht."" also zunächst einmal habe ich zur zulässigkeit eigentlich keine fragen: außer der statthaften klageart. ich habe mich für die anfechtungsklage entschieden, weil die gewerbeuntersagung (es ist doch eine gewerbeuntersagung, oder?) der behörde einen verwaltungsakt darstellt und der kläger begehrt, diesen aufzuheben. ist das richtig??! die klage ist zulässig so nun kurz zur begründetheit: grundsätzlich wäre ja als ermächtigungsgrundlage § 15 GastG einschlägig, wenn die Voraussetzungen des § 4 GastG einschlägig wären. nur hier hatte der a ja gar keine erlaubnis, die da hätte widerrufen oder zurückgenommen werden können. deswegen habe ich mich als ermächtigungsgrundlage für § 35 GewO auf Grund von Unzuverlässigkeit entschieden. Und zwar habe ich in dem wiederholten betreiben eines gewerbes ohne erlaubnis eine unzuverlässigkeit bejaht. nur bei der verhältnismäßigkeit habe ich mich dafür entschieden, dass die behörde auch eine teiluntersagung hätte wählen können (stichwort: erforderlichkeit & erlauben) die klage ist auch begründet in hinblick auf die komplette gewerbeuntersagung was meint ihr?

Autor	Beitrag
Jürgen Rixinger 04.02.2009 09:12	Ein freundliches :moin: vom Neckar, zunächst einmal ist richtig, dass formell-rechtlich eine Anfechtungsklage vorliegt. Der Kläger begehrt ja die Aufhebung eines belastenden VA, und nicht ein begünstigendes Handeln der Behörde. Zum materiell-rechtlichen: § 15 GastG scheidet aus, Du hast richtig festgestellt, dass für eine Rücknahme- oder Widerrufsentscheidung natürlich eine Erlaubnis erstmal vorhanden sein muss. Bleibt also § 35 Abs.1 GewO, um die Gewerbeausübung zu untersagen. Jetzt kommt eine Sache, bei der ich etwas Bauchschmerzen habe: Ich denke, das Thema "Verhältnismäßigkeit" ist hier fehl am Platz. Diese ist Thema im Rahmen einer Ermessensprüfung, die hier nicht angebracht ist. Denn sowohl die Gewerbeuntersagung selbst wie auch die Auswahl zwischen einer Teil-/Volluntersagung steht nicht im Ermessen, sondern ist eine gebundene Entscheidung, der lediglich eine korrekte Tatsachenfeststellung vorauszugehen hat (Wortlaut "ist", so übrigens auch BVerwGE 23,280). Lediglich eine Entscheidung gem. § 35 Abs.1 Satz 2 GewO, ob eine Untersagung auf selbständige Tätigkeiten insgesamt ausgedehnt wird, hätte ein Ermessen eröffnet. Ich weiß nicht, ob eine solche Prüfung im Rahmen der Klausur erwartet wurde, ggfl. wäre dies aus Verhältnismäßigkeitsgründen eher abzulehnen gewesen. Da der Sachverhalt recht knapp geschildert wurde, kann schwer beurteilt werden, ob vorliegend eine Teil- oder Volluntersagung angebracht war. Eine Teiluntersagung wäre sicherlich nur insoweit denkbar, dass der erlaubnispflichtige Teil, also der Alkoholausschank untersagt wird (hier spare ich jetzt die Frage aus, weshalb ich eine bereits verbotene Sache nochmals untersagen muss - was mir noch nie klar war). Ebenso scheint denkbar, dass die Volluntersagung i.O. war, da die Meinung vertretbar sein dürfte, dass aus dem Verhalten eine grundsätzliche Unzuverlässigkeit, also auch hinsichtlich des erlaubnisfreien Teils, geschlossen werden kann. Ich denke, dass im Rahmen der Klausur hier eine nachvollziehbare Darstellung erwartet wurde und, sofern gegeben, beide Meinungen akzeptiert werden könnten. Ich drücke die Daumen für eine gute Bewertung der Klausur! Jürgen Rixinger
Abraham 04.02.2009 09:24	:moin: Denkbar wäre aber auch § 15 Abs 2 GewO zu prüfen. :b_ueberleg02: Dieses: "hiermit verbieten wir ihnen jede weitere ausübung ihrer tätigkeit" spricht imho dafür. Der Milchbarbetreiber betreibt nebenher eine Gaststätte ohne Erlaubnis. Oder war das Thema der Klausur § 35 Gewerbeordnung? Gruß aus dem Ruhrgebiet Abraham
Jürgen Rixinger 04.02.2009 14:40	Oh ja, § 15 Abs.2 GewO sicherlich auch erwähnenswert, hatte ich vergessen. Allerdings nur relevant hinsichtlich des erlaubnispflichtigen Teils und wegen seiner begrenzten Wirkung eher nachrangig zu § 35 Abs.1 GewO anzuwenden (wobei die Vorschriften nicht in Konkurrenz stehen). Viele Grüße vom Neckar :greet: Jürgen Rixinger

Autor	Beitrag
Stralsundchen 04.02.2009 14:57	Hallo in die Runde, anhand der gemachten Angaben hätte ich wohl auch eher für den 15(2) GewO entschieden, wobei man dort als milderer Mittel mindestens die Aufforderung zur Antragstellung hätte bringen müssen und sich das Ganze natürlich nur auf den erlaubnispflichtigen Teil bezöge. So in der Art war nämlich im letzten Jahr meine Prüfungsklausur, die allerdings nicht so umfangreich war, da es sich um die "normale" Ausbildung zur VFA handelte. Im Studium sieht das sicher etwas anders aus! Für den 35(1)er muss natürlich die Unzuverlässigkeit nachgewiesen werden! Viele Grüße aus dem Norden...
Jürgen Rixinger 04.02.2009 15:57	Hallo nochmals, It. Sachverhalt der Klausur wurde verfügt "Hiermit verbieten wir ihnen jede weitere Ausübung ihrer Tätigkeit", demnach wurde auch der erlaubnisfreie Teil untersagt. Rechtsgrundlage einer solchen Verfügung kann insoweit nur § 35 Abs.1 GewO sein. Entsprechend denke ich, dass eine Auseinandersetzung zuvorderst mit dieser Vorschrift erwartet wurde, wobei ein Verweis auf § 15 Abs.2 GewO sicherlich erwähnenswert sein und Punkte bringen dürfte. Viele Grüße Jürgen Rixinger
tamam 04.02.2009 19:22	booah, vielen Dank erstmal aus dem Rhein-Main-Gebiet für die vielen Antworten !!!! Also § 15 Abs. 2 GewO ist mir gar nicht in den Sinn gekommen bzw. ich habe diesen im Eifer des Gefechts einfach vergessen. Wobei der ziemlich gut zu dem Fall passen würde. Dieser räumt auch Ermessen der Behörde ein ("kann"). Thema der Klausur war Gewerberecht und Gaststättenrecht und wir hatten "nur" 90 Minuten Zeit. Allein als ich die Zulässigkeit runtergerattert habe, habe ich schon einen Schreibkrampf bekommen und musste immer wieder pausieren , deswegen dürfte die Argumentation in der Begründetheit etwas schwach gewesen sein. Naja, aber ich habe dank euch schon mal ein gutes Gefühl, die Klausur nicht völlig verhauen zu haben. eine "totale" Gewerbeuntersagung ist, wie wir wohl alle festgestellt haben, nicht angebracht, denn es gab keine Anhaltspunkte im Sachverhalt, die darauf zurückschließen lassen, dass der A ansonsten seinen Betrieb nicht ordnungsgemäß führt. Die Grundlage für die Existenz eines Menschen zu vernichten und ihn in die Arbeitslosigkeit zu verdammen, fände ich schon ziemlich hart, nur weil er keine Erlaubnis hat. Deswegen ist ob § 15 Abs. 2 oder § 35 GewO nur eine Teiluntersagung von der Behörde zu wählen und diese sollte sich auf den Ausschank von Speisen und alkoholischen Getränken beschränken. Gruß aus dem Rhein-Main-Gebiet Ali

Autor	Beitrag
OrDnUnGsAnDy 04.02.2009 20:59	:gruessgott: aus Thüringen, die Formulierung "hiermit verbieten wir ihnen jede weitere ausübung ihrer tätigkeit" entspricht m.E. einer vollständigen Untersagung der gewerblichen Tätigkeiten. Ermächtigungsgrundlage dazu kann nur § 35 Abs. 1 GewO sein. Voraussetzung für eine Gewerbeuntersagung ist die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden. Laut Sachverhalt ist der A nicht im Besitz einer Gaststättenerlaubnis. Sofern im Sachverhalt keine weiteren Hinweise gegeben sind, reicht der Betrieb einer Gaststätte ohne Erlaubnis nicht aus, um die Unzuverlässigkeit des A nachzuweisen. Die Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 1. Alt. VwGO) - dies ist die richtige Klageart - wäre zwar zulässig (lt. Aussage des Themengründers), jedoch unbegründet. Der VA verletzt den A in seinen Rechten. Die Klage hätte daher Aussicht auf Erfolg. Der VA wäre aufzuheben. Anmerkung: Bei fehlender Gaststättenerlaubnis hätte die Behörde lediglich die Möglichkeit die Fortsetzung des Betriebes zu verhindern (§ 31 GastG i. V. m. § 15 Abs. 2 GewO - in Hessen gilt doch noch das BundesGastG?!). Eine solche Maßnahme erfordert jedoch grundsätzlich die formelle und materielle Rechtswidrigkeit. Die formelle Rechtswidrigkeit ist erst dann ausreichend, wenn der Gewerbetreibende trotz mehrfacher Aufforderung durch die Behörde keinen Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis stellt.
Jürgen Rixinger 05.02.2009 07:22	Hallo OrDnUnGsAnDy, der letzte Beitrag war wohl die treffende Essenz unserer Diskussion. Sofern der Sachverhalt nicht mehr hergibt als hier mitgeteilt wurde, dürfte dies der rote Faden für eine Musterlösung sein, woran sich der Themenstarter orientieren kann. Nur die abschließende Anmerkung mit der Unterscheidung zwischen formeller und materieller Rechtswidrigkeit hinsichtlich des Gewerbetreibenden habe ich nicht verstanden. Diese Begriffe kenne ich nur im Zusammenhang mit dem Erlass von VAs. War mit der "formellen" evtl. die "andauernde" Rechtswidrigkeit gemeint? Viele Grüße Jürgen Rixinger
Abraham 05.02.2009 07:42	:moin: @ Jürgen Rixinger Ich bin auch etwas verwirrt... :kopfkratz: Vielleicht war es schon ein bisschen spät, als @OrDnUnGsAnDy den Beitrag geschrieben hat. @ tamam Es wäre schön, wenn wir später mal hören würden, wie denn die Klausurlösung tatsächlich war. Gruß aus dem Ruhrgebiet Abraham

Autor	Beitrag
Kramer-Cloppenburg 05.02.2009 08:15	Hallo und nach langer Zeit mal wieder ein freundliches :moin: aus Cloppenburg! Ich vermute mal, das der Kollege Ordnungsandy (verdammte Groß- und Kleinschreiberei) mit der formellen und materiellen Rechtswidrigkeit folgendes meint: Für die Ausübung eines Gewerbes benötige ich eine Erlaubnis (z. B. nach GastG-Bund). Diese Erlaubnis habe ich, weil ich es nicht wusste, nicht beantragt. Ansonsten bin ich fast ein Engel (also nie mit meiner Frau geschimpft, nicht bei rot über die Ampel, nie über die Stränge geschlagen, hier im Forum alle Regeln beachtet, schon gar keine Betrügereien begangen, dem Finanzamt das Geld im Voraus und in doppelter Höhe überweisen etc. pp.) hätte also als Ausbund der Zuverlässigkeit einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis! Da diese jedoch fehlt, handle ich beim Betrieb der Gaststätte "formell" rechtswidrig, was auch mit Bußgeld (wegen Fahrlässigkeit) etc. geahndet werden kann. Eine Erlaubniserteilung wäre jedoch möglich und nach den entsprechenden Hinweisen würde ich diese auch beantragen und bekommen. Bin ich jedoch auch unzuverlässig im Sinne von § 4 GastG Bund (handle also mit Drogen, zahle keine Steuern, biete illegales Glücksspiel an und versorge die Damen vom horizontalen Gewerbe in meiner Kneipe zudem nicht nur mit ranzigen und abgelaufenen Frikadellen und sonstigen Speisen sondern auch mit den entsprechenden Kunden), liegt auch die "materielle" Rechtswidrigkeit beim Betrieb der Kneipe vor. Denn mit einer solchen Einstellung würde man zumindest hier in Niedersachsen derzeit noch keine Erlaubnis bekommen. :D Also, kurz überprüfen ob evtl. der Sachverhalt Erkenntnisse oder Ansätze in dieser Hinsicht bietet und darauf eingehen! Auch mich würde das Ergebnis der Klausur (nicht die Benotung des Themenstarters) interessieren, zumal in absehbarer Zeit derartige Fälle der Vergangenheit angehören werden.
Jürgen Rixinger 05.02.2009 08:42	Au ja, das is es wohl, was gemeint war. Streng genommen ist aber die Erlaubnislosigkeit Tatbestandsmerkmal des § 15 Abs.2 und damit bereits für sich (unabhängig von der Erteilungsmöglichkeit) astreines materielles Recht. So, genug geschlaumeiert ... :D Viele Grüße Jürgen Rixinger
J. Neu 05.02.2009 09:05	Hallo, ich denke diese von Puz.zle im nichtöffentlichen Teil eingestellte Entscheidung http://rbw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&GerichtAuswahl=Verwaltungsgerichte&Art=en&Datum=2009&nr=11172&pos=6&anz=9 passt ganz gut zu diesem Fall. Viele Grüße J. Neu

Autor	Beitrag
Antonia Thien 05.02.2009 10:04	Nur zur Klarstellung, nicht dass hier was durcheinander gewürfelt wird: Die Erlaubnislosigkeit ist ein TBM der materiellen Rechtmäßigkeitsprüfung einer Schließungsverfügung nach § 15 II GewO, aber das Betreiben eines erlaubnispflichtigen Betriebes ohne die entsprechende Erlaubnis fällt eindeutig unter die formelle Illegalität!:wink: Viele Grüße A. Thien
Jürgen Rixinger 05.02.2009 10:47	quote----- Original von Antonia Thien Die Erlaubnislosigkeit ist ein TBM der materiellen Rechtmäßigkeitsprüfung einer Schließungsverfügung nach § 15 II GewO, aber das Betreiben eines erlaubnispflichtigen Betriebes ohne die entsprechende Erlaubnis fällt eindeutig unter die formelle Illegalität!:wink: ----- Diese kleine aber feine Unterscheidung hinsichtlich materiellem und formellem Recht ist absolut korrekt! Wer wie ich etwas zu diesem Thema dazu lernen will, kann dies hier tun ! Viele Grüße Jürgen Rixinger
OrDnUnGsAnDy 05.02.2009 17:34	:gruessgott: aus Thüringen, Asche auf mein Haupt - an dieses Thema habe ich heut schon gar nicht mehr gedacht. Aber wie es der Kollege Kramer aus Cloppenburg schon erklärt hat, so war es gemeint. Irgendwo habe ich auch eine lesenswerte Abhandlung dazu - wenn mir einfällt wo, dann lasse ich es euch wissen! Bis dahin: VG Düsseldorf, 18 L 3729/03 (zu finden in der Rechtsprechungsdatenbank NRW)
tamam 05.02.2009 23:07	Also mit der Musterlösung (und Ergebnissen) ist Ende Februar, Anfang März zu rechnen. Ich stell diese dann hier rein.

Autor	Beitrag
OrDnUnGsAnDy 06.02.2009 07:21	:gruessgott: aus Thüringen, ich habe nochwas zur formellen und materiellen Rechtswidrigkeit gefunden: Landmann / Rohmer § 15 Rd. 14, 15 quote----- Im Übrigen hat die Behörde zwei Fälle grundsätzlich zu unterscheiden: Einmal den Fall, dass ein Gewerbe ohne Erlaubnis betrieben wird, der Gewerbetreibende aber in seiner Person und in seinen Einrichtungen alle Voraussetzungen erfüllt, die für die Erteilung der Genehmigung erforderlich sind; zum anderen den Fall, dass der Gewerbetreibende diese Voraussetzungen nicht erfüllt. Man kann im ersten Fall von nur formaler Rechtswidrigkeit des Betriebes, im zweiten Fall von materieller Rechtswidrigkeit sprechen. ... Im Fall der nur formalen Rechtswidrigkeit müsste es als ermessensfehlerhaft angesehen werden, wenn die Behörde sofort zur Schließung des Betriebes schreiten wollte. ... Zwar ist es ein Grundsatz des allgemeinen Verwaltungsrechts, dass eine Genehmigung ohne Antrag nicht erteilt werden kann (...), die Behörde hat aber durch Belehrung darauf hinzuwirken , dass ein entsprechender Antrag gestellt wird. ... Weigert sich der Unternehmer, der formalen Rechtsordnung Genüge zu tun, so bleibt nur der Weg des § 15 Abs. 2 Satz 1 ----- Zum Thema ist auch der Friauf, § 15 Rd. 27 ff, lesenswert.
wyhlmaus50 06.12.2012 14:39	Meine eigene kurze 3-Stufen-Theorie: Jede Tätigkeit kann nicht untersagt werden (Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit), gewerbliche Tätigkeit kann untersagt werden (Gewerbefreiheit), erlaubnispflichtige Tätigkeit ist zu untersagen (Verstoß gegen ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt). Deshalb ist hier der erlaubnispflichtige Ausschank alkoholischer Getränke zu untersagen.
ThomasS 27.02.2020 16:08	Im Zweifel müsste der Weg doch sein, die Beantragung der Erlaubnis durch Androhung und Festsetzung von Zwangsgeldern durchzusetzen und parallel nach § 19 GastG den Alkoholausschank bis zur Erteilung einer Erlaubnis zu untersagen? Letzteres wäre ja eigentlich wegen der nicht erteilten Erlaubnis überflüssig aber auch nicht rechtswidrig, oder? Ich denke auch, dass nur wegen des Gaststättenbetriebes eine Anwendung von § 35 GewO unverhältnismäßig wäre. Aber je nachdem wie lange der Zustand anhält, dass die Genehmigung nicht beantragt wird, würde ich laut über Unzuverlässigkeit wegen nicht ordnungsgemäßer Betriebsführung nachdenken. Könnte man in so einem Fall z. B. eine Zapfanlage vorübergehend außer Betrieb setzen lassen? Bei uns in SH gilt GastG Bund. Man muss es nicht komplizierter denken, oder?

In diesem Thema befinden sich folgende Anhänge: