Aktuelles aus dem Gewerberecht in Bayern

Praxis-Seminar für vhw: Bundesverband für Wohnen und Stadtentwicklung e.V.

am Donnerstag, 10. November 2016

in München

Rechtsanwalt Dr. Thomas Troidl
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Kanzlei Schlachter und Kollegen, Regensburg

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis 2
Teil 1: Aktuelle Rechtsprechung zum „klassischen" Gewerberecht 3
I. Gewerbebegriff /Gewerbeanmeldung 3
1. BVerwG, Urteil vom 27.2.2013 – 8 C 8/12: gewerbliche Tätigkeit des Rechtsanwalts als Berufsbetreuer 3
2. OVG Münster, Beschluss vom 14.03.2013 – 20 B 34/13 3
3. OVG Lüneburg, Urteil vom 16.05.2012 - 7 LC 15/10: Softwareentwickler 3
4. Gewerberechtliche Einordnung von Paintball-Veranstaltungen 3
5. Gewerbeanmeldung für Blockheizkraftwerke 4
II. Gewerberechtliche Unzuverlässigkeit 5
1. BVerwG, Urteil vom 7. 11. 2012 - 8 C 28.11 (OVG Magdeburg): Widerruf der Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister 5
2. VGH München, Beschluss vom 20.05.2016 - 22 ZB 16.253 5
3. VGH München, Beschluss vom 08.05.2015 - 22 C 15.760 5
4. VGH München, Beschluss vom 05.03.2014 - 22 ZB 12.2174 6
5. VGH München, Urteil vom 27.01.2014 - 22 BV 13.260 6
III. Unzuverlässigkeit juristischer Personen 7
VGH München, Beschluss vom 02.07.2014 - 22 CS 14.1186 7
IV. Erweiterte Gewerbeuntersagung 8
VGH München, Urteil vom 14.08.2014 - 22 B 14.880 8
V. Wiedergestattung eines Gewerbes 9
VGH München, Beschluss vom 25.06.2013 - 22 ZB 13.1102 (Sanierungskonzept) 9
VI. Sofortvollzug 11
1. VGH München, Beschluss vom 02.07.2014 - 22 CS 14.1186 11
2. VGH München, Beschluss vom 11.12.2013 - 22 CS 13.2348 12
VII. Bescheidsabfassung 14
1. VGH München, Beschluss vom 26.03.2014 - 22 ZB 14.221 14
2. VGH München, Beschluss vom 12.08.2013 - 22 CE 13.970 14
Teil 3: Aktuelle Rechtsprechung zu gewerberechtlichen „Nebengebieten" 15
Spielhallen 15
1. VGH München, Beschluss vom 13.01.2015 - 22 CS 14.2323 15
2. VGH München, Beschluss vom 26.05.2014 - 22 CS 14.640 15
3. VGH München, Beschluss vom 08.04.2014 - 22 CS 14.224 16
4. VGH München, Beschluss vom 11.12.2013 - 10 CS 13.2300 16
5. VGH München, Beschluss vom 30.09.2013 - 10 CE 13.1534 16
Teil 4: Der Blick des Rechtsanwalts 17
Erfahrungen bei Gericht 17
1. Gewerbeanmeldung für Jugendherbergen (Beweislast) 17
2. „Alte Hasen" 17

Teil 1: Aktuelle Rechtsprechung zum „klassischen" Gewerberecht

I. Gewerbebegriff /Gewerbeanmeldung

1. BVerwG, Urteil vom 27.2.2013 – 8 C 8/12: gewerbliche Tätigkeit des Rechtsanwalts als Berufsbetreuer

Ein Berufsbetreuer übt keinen freien Beruf, sondern ein Gewerbe aus. Das gilt auch für einen Rechtsanwalt, soweit er zugleich als Berufsbetreuer tätig ist.

2. OVG Münster, Beschluss vom 14.03.2013 – 20 B 34/13

Zur Frage der Gewerbsmäßigkeit eines Hundehandels durch einen eingetragenen Verein, dessen satzungsmäßiger Zweck auf die Verfolgung tierschützerischer Ziele gerichtet ist und der aus dem Ausland importierte Hunde gegen Entgelt an Dritte abgibt.

(GewA 2013, 314)

3. OVG Lüneburg, Urteil vom 16.05.2012 - 7 LC 15/10: Softwareentwickler

1. Softwareentwickler sind verpflichtet, ihre Tätigkeit nach § 14 GewO anzuzeigen. (amtlicher Leitsatz)

2. Ein Softwareentwickler übt keinen Freien Beruf aus. (amtlicher Leitsatz)

4. Gewerberechtliche Einordnung von Paintball-Veranstaltungen

Nach einigen Gerichtsurteilen verletzt die Veranstaltung von Paintballspielen gemäß den „Offiziellen Paintball-Regelwerken" nicht die Menschenwürde. Daher stellt sich die Frage, wie in diesen Fällen mit Gewerbeanzeigen umzugehen ist (GewArch 2015, 441 ff.). Der Bund-Länder-Ausschuss „Gewerberecht" war bei seiner Herbstsitzung 2015 der Ansicht, dass in diesen Fällen die Gewerbeanzeige entgegengenommen werden soll.

5. Gewerbeanmeldung für Blockheizkraftwerke

Bei seiner Frühjahrssitzung 2014 kam der Bund-Länder-Ausschuss zu dem Ergebnis, dass die Einstufung von Blockheizkraftwerken als gewerbliche Tätigkeit im Einzelfall zu treffen ist. Generelle Grenzwerte sind nach Auffassung des Ausschusses nicht geeignet für die Einstufung. Ein Kriterium kann die Selbst- bzw. Fremdnutzung der Anlage sein.

II. Gewerberechtliche Unzuverlässigkeit

1. BVerwG, Urteil vom 7. 11. 2012 - 8 C 28.11 (OVG Magdeburg): Widerruf der Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister

Ein Bezirksschornsteinfegermeister, der nicht die Gewähr bietet, die geltende Rechtsordnung, insbesondere die Grundrechte der Eigentümer und Besitzer von Grundstücken und Räumen in seinem Kehrbezirk jederzeit verlässlich zu beachten, ist i. S. v. § 11 II Nr. 1 SchfG 1998 persönlich unzuverlässig.

(LKV 2013, 172)

2. VGH München, Beschluss vom 20.05.2016 - 22 ZB 16.253

1. Bei der im Rahmen einer Gewerbeuntersagung gemäß § 35 Abs. 1 S. 1 GewO zu treffenden Prognoseentscheidung kommt es allein maßgeblich darauf an, ob Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Gewerbetreibende sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß führen wird; grundsätzlich außer Betracht bleibt, ob den Gewerbetreibenden hinsichtlich der Umstände, die zu einer negativen Prognoseentscheidung führen, ein Verschuldensvorwurf trifft oder ihm diesbezüglich "mildere Umstände" zur Seite stehen (Bestätigung von VGH München BeckRS 2014, 52528 Rn. 14 f.). (redaktioneller Leitsatz)

2. Im Falle wirtschaftlicher Leistungsunfähigkeit des Gewerbetreibenden ist für eine positive Prognose allein auf objektiv erfolgversprechende Aussichten für ihre Beendigung abzustellen. Entscheidend ist, ob die wirtschaftliche Leistungsunfähigkeit in einem hinnehmbaren Zeitraum beendet werden kann und damit Gefahren für andere Gewerbetreibende, Kunden, die öffentliche Hand, andere Stellen und die Rechtsordnung insgesamt abgewendet werden können. (redaktioneller Leitsatz)

(BeckRS 2016, 46412)

3. VGH München, Beschluss vom 08.05.2015 - 22 C 15.760

Da sich die gewerberechtliche Unzuverlässigkeit ausschließlich nach objektiven Kriterien bestimmt, ist es grundsätzlich unerheblich, ob den Gewerbetreibenden hinsichtlich der Umstände, derentwegen ihm eine negative Prognose hinsichtlich der Ordnungsgemäßheit seines künftigen gewerblichen Verhaltens ausgestellt werden muss, ein

Verschuldensvorwurf trifft oder ihm diesbezüglich „mildernde Umstände" zur Seite stehen. Dem Vorbringen, das steuerliche Fehlverhalten des Klägers sei vor dem Hintergrund eines ihn belastenden Scheidungsverfahrens zu sehen, käme deshalb nur Beachtlichkeit zu, wenn sich feststellen ließe, dass eine derartige „negative Lebensphase" - ihr nicht nachgewiesenes Bestehen unterstellt - bereits ausreichend lange vor dem maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt ihren Abschluss gefunden hätte und sich dies in einem gefestigten, nach außen ihn hervortretenden und eindeutig feststellbaren Verhaltenswandel manifestiert hätte. Dahingehende Anhaltspunkte fehlen indes zur Gänze.

(BeckRS 2015, 45791)

4. VGH München, Beschluss vom 05.03.2014 - 22 ZB 12.2174

Die Beantwortung der Frage, ob länger zurückliegende Straftaten einem Gewerbetreibenden im Rahmen eines Untersagungsverfahrens nach § 35 GewO noch entgegengehalten werden dürfen, hat auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung aller einschlägigen Umstände zu erfolgen, in die namentlich die Art und die Umstände der Delikte sowie die Entwicklung der Persönlichkeit des Betroffenen einzubeziehen sind. Eine analoge Anwendung von §§ 33 c II Nr. 1 Hs. 2, 33 d III 2, 33 i II Nr. 1 oder von §§ 34 b IV Nr. 1 Hs. 2, 34 c II Nr. 1 Hs. 2 GewO kommt nicht in Betracht. (amtlicher Leitsatz 3)

(BeckRS 2014, 49154)

5. VGH München, Urteil vom 27.01.2014 - 22 BV 13.260

1. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Zuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden und der Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung ist der Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Bescheids mit seinem Zugang (insoweit Fortführung der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts). (amtlicher Leitsatz)

2. Werden nach dem Wirksamwerden der Gewerbeuntersagung und innerhalb der "Abwicklungsfrist" und in offener Rechtsbehelfsfrist insolvenzrechtliche vorläufige Sicherungsmaßnahmen angeordnet oder ein Insolvenzverfahren eröffnet, so hat dies keinen Einfluss auf diesen Beurteilungszeitpunkt. (amtlicher Leitsatz)

(BeckRS 2014, 47163)

III. Unzuverlässigkeit juristischer Personen

VGH München, Beschluss vom 02.07.2014 - 22 CS 14.1186

Zwar kommt den betrieblichen und wirtschaftlichen Belangen eines Erlaubnisinhabers ein hoher Stellenwert zu, wenn der Sofortvollzug für ihn zu einem vorläufigen Berufsverbot führt und ihm übergangslos die Existenzgrundlage mit möglicherweise irreparablen Auswirkungen auf Ansehen, Marktpräsenz und Kundenbeziehungen nimmt (vgl. Dietz, GewArch 2014, 225/227 m. w. N. zur Rspr.), wie das Verwaltungsgericht zutreffend erkannt hat. Solch weitreichende Folgen sind mit einem Berufsverbot aber nicht in jedem Fall zwangsläufig verbunden; insbesondere nicht, wenn - wie hier - der Widerruf der Gaststättenerlaubnis rechtlich eine juristische Person trifft, aber tatsächlich an die ihr zurechenbare Unzuverlässigkeit einer natürlichen Person anknüpft, die auswechselbar ist. Zwar kann sich auch die juristische Person nach Art. 19 Abs. 3 GG auf die von Art. 12 Abs. 1 geschützte Berufsfreiheit berufen. Aber anders als bei einer natürlichen Person, deren gaststättenrechtliche Unzuverlässigkeit notwendigerweise aus dem Verhalten des personenidentischen Erlaubnisinhabers resultiert, besteht vorliegend eine Personenverschiedenheit zwischen der Antragstellerin als GmbH nach § 13 Abs. 1 GmbHG und ihrem Geschäftsführer nach § 6 Abs. 1 GmbHG. Seine Bestellung ist nach dem Sachstand dieses Eilverfahrens nach § 38 Abs. 1 GmbHG jederzeit und - wohl sogar im Falle einer satzungsmäßigen Beschränkung auf wichtige Gründe - nach § 38 Abs. 2 Satz 2 GmbHG wegen Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung (Beispiele bei Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 38 Rn. 3, 12 f.; Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 38 Rn. 2, 17) widerruflich. Dass der Geschäftsführer hier zugleich Alleingesellschafter der Antragstellerin ist, ändert daran nichts. Soweit die Antragstellerin einwendet, eine Trennung von ihrem unzuverlässigen Geschäftsführer sei ihr nicht möglich, verkennt sie die Entscheidungsbefugnis ihres Gesellschafters nach § 38 Abs. 1 GmbHG, so dass sich die Antragstellerin zur Wiedererlangung ihrer gaststättenrechtlichen Zuverlässigkeit von ihrem unzuverlässigen Geschäftsführer trennen und ihn durch eine zuverlässige Person ersetzen kann. Diese gesetzlich vorgesehene Möglichkeit hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin auch aufgezeigt und ihr dabei sogar eine innerfamiliäre Lösung zugestanden (vgl. Einigungsangebot vom 8.4.2014, Behördenakte Bl. 355/356). Es handelt sich hier um eine Frage des Wollens, nicht des Könnens.

(BeckRS 2014, 53521)

IV. Erweiterte Gewerbeuntersagung

VGH München, Urteil vom 14.08.2014 - 22 B 14.880

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts und des Verwaltungsgerichtshofs (BVerwG, U. v. 2.2.1982 - 1 C 17/79 - BVerwGE 65, 9/11; BayVGH, B. v. 1.6.2012 - 22 B 09.2785 - Rn. 14) müssen zum Erlass einer erweiterten Gewerbeuntersagung zwei Voraussetzungen erfüllt sein:

Es müssen erstens Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden in Bezug auf die „Ausweichtätigkeit" dartun („gewerbeübergreifende Unzuverlässigkeit"). Eine solche ist - wie hier - bei beharrlichen steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Pflichtverletzungen ohne konkrete Aussicht auf Besserung unzweifelhaft gegeben.

Zweitens muss die erweiterte Gewerbeuntersagung erforderlich sein, weil eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für ein Ausweichen des Gewerbetreibenden vorliegt. Dabei folgt die Wahrscheinlichkeit der anderweitigen Gewerbeausübung schon daraus, dass der Gewerbetreibende trotz Unzuverlässigkeit an seiner gewerblichen Tätigkeit festgehalten hat, wodurch er regelmäßig seinen Willen bekundet hat, sich auf jeden Fall gewerblich zu betätigen. Die erweiterte Gewerbeuntersagung ist deshalb unter dem Gesichtspunkt wahrscheinlicher anderweitiger Gewerbeausübung schon dann zulässig, wenn keine besonderen Umstände vorliegen, die es ausschließen, dass der Gewerbetreibende das andere Gewerbe in Zukunft ausübt, eine anderweitige Gewerbeausübung nach Lage der Dinge also ausscheidet (BVerwG, U. v. 2.2.1982 - 1 C 17/79 - BVerwGE 65, 9/11; BVerwG, B. v. 11.9.1992 - 1 B 131.92 - GewArch 1995, 116; BayVGH, B. v. 17.4.2012 - 22 ZB 11.2845 - Rn. 33; BayVGH, U. v. 1.6.2011 - 22 B 09.2785 - Rn. 14).

Für solche besonderen Umstände fehlen vorliegend alle Anhaltspunkte, denn die Klägerin zu 1 hat an ihrer Gewerbeausübung festgehalten, als sich ihre Überschuldung und wirtschaftliche Unzuverlässigkeit wenige Monate nach Aufnahme ihres Geschäftsbetriebs abzeichnete. Dass sie ihr Gewerbe sogar noch nach Bescheidserlass fortgesetzt hat, obwohl auch der Wechsel in ihrer Geschäftsführung nicht die erhoffte Wende gebracht hatte, bestätigt im Nachhinein die Richtigkeit der dem Bescheid zugrunde gelegten Prognose.

(BeckRS 2014, 55850)

V. Wiedergestattung eines Gewerbes

VGH München, Beschluss vom 25.06.2013 - 22 ZB 13.1102 (Sanierungskonzept)

Entscheidungserheblicher Zeitpunkt für die Begründetheit eines Anspruchs des Klägers auf Wiedergestattung der Gewerbeausübung ist nach § 35 Abs. 6 GewO die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bei Gericht (vgl. BayVGH, B. v. 2.5.2011 - 22 ZB 11.184 - NJW 2011, 2822/2823 Rn. 10). Die mit dem Ausspruch der Gewerbeuntersagung festgestellte gewerberechtliche Unzuverlässigkeit darf nicht mehr bestehen. Der betreffende Gewerbetreibende muss nunmehr die Gewähr dafür bieten, dass er sein Gewerbe - auch im Hinblick auf öffentlich-rechtliche Erklärungs- und Zahlungspflichten - ordnungsgemäß ausüben wird; insofern ist eine tatsachengestützte günstige Prognose für die künftige gewerbliche Tätigkeit erforderlich (vgl. BayVGH, B. v. 2.5.2011 - 22 ZB 11.184 - NJW 2011, 2822/2823 Rn. 13 m. w. N.). Seit dem Erlass der Gewerbeuntersagung vom 4. Oktober 2011 muss eine Änderung dahingehend eingetreten sein, dass der Kläger nunmehr die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe auch im Hinblick auf öffentlich-rechtliche Erklärungs- und Zahlungspflichten ordnungsgemäß ausüben wird. Diese Änderung ergibt sich aus dem Vorbringen des Klägers jedoch nicht.

Ein objektiv tragfähiges, erfolgversprechendes Sanierungskonzept lässt das Vorbringen des Klägers ebenfalls nicht erkennen. Die bloße Bekundung der Bereitschaft, ein tragfähiges Sanierungskonzept vorzulegen, genügt jedenfalls bei einem bereits lange dauernden steuerlichen Fehlverhalten nicht (BayVGH, B. v. 24.1.2013 - 22 ZB 12.2778). In solchen Fällen muss ein objektiv tragfähiges, erfolgversprechendes Sanierungskonzept zumindest erkennbar in Vorbereitung und in Entstehung begriffen sein (BayVGH, B. v. 16.1.2013 - 22 ZB 12.2359). Grundsätzlich setzt ein erfolgversprechendes Sanierungskonzept im Einzelnen voraus, dass mit den Gläubigern eine Ratenzahlungsvereinbarung geschlossen und ein Tilgungsplan auch effektiv eingehalten wird (vgl. BayVGH, B. v. 2.5.2011 - 22 ZB 11.184 - NJW 2011, 2822/2823 Rn. 14 f.; BayVGH B. v. 27.6.2012 - 22 ZB 12.605; BayVGH, B. v. 30.4.2012 - 22 C 12.2372). Dergleichen hat der Kläger im Verhältnis zu seinen öffentlich-rechtlichen Steuer- und Beitragsgläubigern nicht dargelegt. Der Kläger hofft zwar auf die Reduzierung seiner Steuerschulden durch die nachträgliche Einreichung von ihm pflichtwidrig nicht abgegebener Steuererklärungen, will aber bis dahin die aufgelaufenen Steuerrückstände auch nicht anteilig tilgen und hat nach Aktenlage weder mit dem zuständigen Finanzamt noch mit dem Sozialversicherungsträger eine Ratenzahlungsvereinbarung

geschlossen. Von einem Sanierungskonzept kann daher keine Rede sein.

(BeckRS 2013, 54641)

VI. Sofortvollzug

1. VGH München, Beschluss vom 02.07.2014 - 22 CS 14.1186

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung des Widerrufs der Gaststättenerlaubnis nach § 15 Abs. 2 GastG setzt im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG zusätzlich zur voraussichtlichen Rechtmäßigkeit dieses Widerrufs als Grundverfügung weiter voraus, dass die Fortsetzung der Berufstätigkeit des Erlaubnisinhabers während der Dauer des Rechtsstreits konkrete Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter befürchten lässt (vgl. BVerfG, B. v. 12.8.2003 - 1 BvR 1594/03 - NJW 2003, 3617; BVerfG, B. v. 24.10.2003 - 1 BvR 1594/03 - NJW 2003, 3618/3619; BayVGH, B. v. 3.5.2013 - 22 CS 13.594 - Rn. 27; BayVGH, B. v. 28.4.2014 - 22 CS 14.182 - Rn. 19). Darüber hinaus gewährleistet Art. 19 Abs. 4 GG effektiven Rechtsschutz durch die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs und einen Anspruch darauf, dass eine hoheitliche Maßnahme vor ihrem Vollzug einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt wird. Die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs ist daher verfassungsrechtlich wie einfachgesetzlich nach § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO die Regel und der Sofortvollzug die Ausnahme (vgl. BVerfG, B. v. 24.10.2003 - 1 BvR 1594/03 - NJW 2003, 3618/3619 std. Rspr.; Dietz, GewArch 2014, 225/226 m. w. N.) Die Anordnung des Sofortvollzugs kann allerdings ausnahmsweise durch kollidierende Verfassungsgüter wie die Abwehr konkreter Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter ausnahmsweise gerechtfertigt sein. Davon ist angesichts der besonderen Umstände des vorliegenden Falles auszugehen.

Zwar kommt den betrieblichen und wirtschaftlichen Belangen eines Erlaubnisinhabers ein hoher Stellenwert zu, wenn der Sofortvollzug für ihn zu einem vorläufigen Berufsverbot führt und ihm übergangslos die Existenzgrundlage mit möglicherweise irreparablen Auswirkungen auf Ansehen, Marktpräsenz und Kundenbeziehungen nimmt (vgl. Dietz, GewArch 2014, 225/227 m. w. N. zur Rspr.), wie das Verwaltungsgericht zutreffend erkannt hat. Solch weitreichende Folgen sind mit einem Berufsverbot aber nicht in jedem Fall zwangsläufig verbunden; insbesondere nicht, wenn - wie hier - der Widerruf der Gaststättenerlaubnis rechtlich eine juristische Person trifft, aber tatsächlich an die ihr zurechenbare Unzuverlässigkeit einer natürlichen Person anknüpft, die auswechselbar ist. Zwar kann sich auch die juristische Person nach Art. 19 Abs. 3 GG auf die von Art. 12 Abs. 1 geschützte Berufsfreiheit berufen. Aber anders als bei einer natürlichen Person, deren gaststättenrechtliche Unzuverlässigkeit notwendigerweise aus dem Verhalten des personenidentischen Erlaubnisinhabers resultiert, besteht vorliegend eine

Personenverschiedenheit zwischen der Antragstellerin als GmbH nach § 13 Abs. 1 GmbHG und ihrem Geschäftsführer nach § 6 Abs. 1 GmbHG. Seine Bestellung ist nach dem Sachstand dieses Eilverfahrens nach § 38 Abs. 1 GmbHG jederzeit und - wohl sogar im Falle einer satzungsmäßigen Beschränkung auf wichtige Gründe - nach § 38 Abs. 2 Satz 2 GmbHG wegen Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung (Beispiele bei Zöllner/Noack in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 38 Rn. 3, 12 f.; Kleindiek in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 38 Rn. 2, 17) widerruflich. Dass der Geschäftsführer hier zugleich Alleingesellschafter der Antragstellerin ist, ändert daran nichts. Soweit die Antragstellerin einwendet, eine Trennung von ihrem unzuverlässigen Geschäftsführer sei ihr nicht möglich, verkennt sie die Entscheidungsbefugnis ihres Gesellschafters nach § 38 Abs. 1 GmbHG, so dass sich die Antragstellerin zur Wiedererlangung ihrer gaststättenrechtlichen Zuverlässigkeit von ihrem unzuverlässigen Geschäftsführer trennen und ihn durch eine zuverlässige Person ersetzen kann. Diese gesetzlich vorgesehene Möglichkeit hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin auch aufgezeigt und ihr dabei sogar eine innerfamiliäre Lösung zugestanden (vgl. Einigungsangebot vom 8.4.2014, Behördenakte Bl. 355/356). Es handelt sich hier um eine Frage des Wollens, nicht des Könnens.

(BeckRS 2014, 53521)

2. VGH München, Beschluss vom 11.12.2013 - 22 CS 13.2348

Es mag sein, dass die Erfolgsaussichten der Anfechtungsklage des Antragstellers im Hauptsacheverfahren nicht allzu groß sind. Die für den Widerruf der Erlaubnis möglicherweise ausreichenden Gründe rechtfertigen aber die Anordnung des Sofortvollzugs angesichts dessen weitreichender Wirkung nicht. Vielmehr erfordert die Anordnung der sofortigen Vollziehung beim Widerruf von Gewerbeerlaubnissen im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatsprinzip die aufgrund einer Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls gewonnene zusätzliche Feststellung, dass die sofortige Vollziehbarkeit schon vor der Rechtskraft des Hauptsacheverfahrens als Präventivmaßnahme zur Abwehr konkreter Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter notwendig ist (vgl. BVerfG, B. v. 13.8.2003 - 1 BvR 1594/03 - NJW 2003, 3617; BVerfG, B. v. 24.10.2003 - 1 BvR 1594/03 - NJW 2003, 3618; BayVGH, B. v. 10.11.2011 - 22 CS 11.1928 - Rn. 9; BayVGH, B. v. 13.12.2011 - 22 CS 11.2428 - Rn. 6 f.). Das Bundesverfassungsgericht hat in den genannten Beschlüssen,

die den Sofortvollzug des Widerrufs einer Approbation als Apotheker und die Einziehung der Approbationsurkunde betrafen, ausgeführt, dass effektiver Rechtsschutz nur dann gewährleistet ist, wenn für sofort vollziehbar erklärte Eingriffe in grundrechtlich gewährleistete Freiheiten noch einmal einer gesonderten - über die Beurteilung der zugrundeliegenden Verfügung hinausgehenden - Verhältnismäßigkeitsüberprüfung unterzogen werden (BVerfG a. a. O.). Der Verwaltungsgerichtshof legt diese Erkenntnisse seiner Rechtsprechung zum Gewerberecht zugrunde. Er räumt auf dieser Grundlage derzeit dem Aufschubinteresse des Antragstellers ein etwas größeres Gewicht ein als dem Interesse der Allgemeinheit an der sofortigen Vollziehung.

(BeckRS 2013, 59883)

VII. Bescheidsabfassung

1. VGH München, Beschluss vom 26.03.2014 - 22 ZB 14.221

1. Die Neuregelung einer zusätzlichen glücksspielrechtlichen Erlaubnispflicht für Spielhallen mit zwingender Befristung danach erteilter Erlaubnisse verstößt im Hinblick auf noch nicht betriebene Spielhallen nicht gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit. (amtlicher Leitsatz)

2. Von der Befugnis zur Befristung muss die Glücksspielaufsichtsbehörde unter Abwägung der widerstreitenden Interessen angemessen Gebrauch machen. (amtlicher Leitsatz)

(BeckRS 2014, 49818)

2. VGH München, Beschluss vom 12.08.2013 - 22 CE 13.970

1. Nicht nur die Kriterien, von denen sich eine Behörde bei Entscheidungen nach § 70 Abs. 3 GewO leiten lässt, müssen transparent und nachvollziehbar sein; auch der konkrete Auswahlvorgang selbst muss diesen Erfordernissen genügen. (amtlicher Leitsatz)

2. Wurde im Verwaltungsverfahren gegen das Gebot der nachvollziehbaren Handhabung von Zulassungskriterien verstoßen, kann dieser Mangel noch in einem sich anschließenden Rechtsstreit geheilt werden, je nach Fallkonstellation durch Ergänzung von Ermessenserwägungen oder durch Erlass einer neuen Auswahlentscheidung. (amtlicher Leitsatz)

3. Müssen einzelne Bewerbungen nach dem Abschluss des behördlichen Auswahlverfahrens neu bewertet werden, darf das ursprünglich zugrunde gelegte, rechtmäßige Gewichtungsschema hierbei nicht geändert werden. (amtlicher Leitsatz)

(BeckRS 2013, 54630)

Teil 3: Aktuelle Rechtsprechung zu gewerberechtlichen „Nebengebieten"

Spielhallen

1. VGH München, Beschluss vom 13.01.2015 - 22 CS 14.2323

1. Im Eilverfahren sind an die Nichtanwendung eines Gesetzes im formellen Sinn durch das Fachgericht wegen Annahme seiner Grundgesetzwidrigkeit mit Blick auf das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts hohe Anforderungen zu stellen. (amtlicher Leitsatz)

2. Das Fachgericht kann einstweiligen Rechtsschutz auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung gewähren, wenn die Hauptsache dadurch nicht vorweggenommen wird oder um einem endgültigen Rechtsverlust vorzubeugen. (amtlicher Leitsatz)

(BeckRS 2015, 41067)

2. VGH München, Beschluss vom 26.05.2014 - 22 CS 14.640

1. Ein durch die besonders auffällige äußere Gestaltung einer Spielhalle geschaffener zusätzlicher Anreiz für den Spielbetrieb iSd § 26 I Alternative 2 GlüStV liegt dann vor, wenn die Gestaltung geeignet ist, nicht nur über die Existenz der Spielhalle zu informieren, sondern einen bislang Unentschlossenen, aber nicht Uninteressierten, zum Glücksspiel zu verleiten.

(amtlicher Leitsatz)

2. Ein auf dem Gelände einer Spielhalle stehender 12 m hoher Pylon mit einer großen beleuchteten Werbetafel kann im Zusammenwirken verschiedener gestalterischer Elemente (Größe, Form, Farbe, Text, Symbolik, Beleuchtung) einen solchen zusätzlichen Anreiz iSd § 26 I Alternative 2 GlüStV herbeiführen.

(amtlicher Leitsatz)

3. Gestalterische Elemente, die zu der nach § 26 I Alternative 2 GlüStV unzulässigen Anreizwirkung beitragen, haben nicht deshalb außer Betracht zu bleiben, weil es sich hierbei um typische Erkennungszeichen eines Anbieters ("Firmenlogo") handelt.

(amtlicher Leitsatz)

(BeckRS 2014, 52258)

3. VGH München, Beschluss vom 08.04.2014 - 22 CS 14.224

1. Der Vertrauensschutz in den Fortbestand der Zulassung des Betriebs einer Spielhalle verliert wesentlich an Gewicht, wenn die ihn begründende gewerberechtliche Erlaubnis erst beantragt und erteilt wurde, als die restriktivere glücksspielrechtliche Neuregelung absehbar war. (amtlicher Leitsatz)

2. Der Gesetzgeber durfte bei der von einem wesentlich geminderten Vertrauensschutz ausgehenden einjährigen Übergangsfrist an den Beschluss der Ministerpräsidentenkonferenz vom 28. Oktober 2011 über einen neuen Glücksspielstaatsvertrag anknüpfen. (amtlicher Leitsatz)

(BeckRS 2014, 50518)

4. VGH München, Beschluss vom 11.12.2013 - 10 CS 13.2300

Rechtsgrundlage für die Untersagung des Betriebs einer ohne die erforderliche glücksspielrechtliche Erlaubnis betriebenen Spielhalle ist Art. 10 Satz 2 Halbsatz 1 AGGlüStV in Verbindung mit § 9 Abs. 1 GlüStV. Die Klage gegen eine solche Betriebsuntersagung hat nach Art. 10 Satz 2 Halbsatz 2 AGGlüStV in Verbindung mit § 9 Abs. 2 Satz 1 GlüStV keine aufschiebende Wirkung. (amtlicher Leitsatz)

(BeckRS 2013, 59849)

5. VGH München, Beschluss vom 30.09.2013 - 10 CE 13.1534

Mit der einjährigen Übergangsfrist für bereits bestehende Spielhallen in § 29 Abs. 4 Satz 3 GlüStV trägt der Gesetzgeber den Bestandsschutzinteressen der betroffenen Spielhallenbetreiber bei der im Eilverfahren gebotenen summarischen Überprüfung in nicht zu beanstandender Weise Rechnung. Die Übergangsfrist ist auch im Hinblick auf Art. 12 GG und Art. 14 GG verfassungsgemäß. (amtlicher Leitsatz)

(BeckRS 2013, 58903)

Teil 4: Der Blick des Rechtsanwalts

Erfahrungen bei Gericht

1. Gewerbeanmeldung für Jugendherbergen (Beweislast)

Entsprechend der bisherigen Beschlussfassung des Bund-Länder-Ausschusses liegt die Beweislast für eine gewerbliche Tätigkeit bei der Behörde. Die Ausschussteilnehmer wiesen auf einen Beschluss des OVG Münster vom 14.03. 2013 (s.o. Teil 1, I.) hin, in dem die Frage der Beweislast offen geblieben sei. Der Ausschuss kam zu dem Ergebnis, dass sein bisheriger Beschluss keiner Korrektur bedarf. Dieser sei auch auf den Fall der gewerblichen Tätigkeit einer Jugendherberge entsprechend anwendbar. Die Nichtanzeige einer gewerblichen Tätigkeit stellt eine Ordnungswidrigkeit dar, für die die Behörde beweispflichtig ist. Die Behörde kann dazu Unterlagen anfordern, die geeignet sind, z. B. die Gewinnerzielungsabsicht zu klären.

2. „Alte Hasen"

Das BMWi wies auf die Beschlüsse des Nds. OVG vom 14.10. 2014 (Az. 7 LA 5/14) und des Bay. VGH vom 23.10.2014 (Az. 22 ZB 14.1591) hin, die sich mit der „Alten Hasen-Regelung" des § 157 Abs. 3 GewO befasst haben. Danach sind auch Prüfungsberichte, die nach Ablauf der Frist des § 16 Abs. 1 S. 1 MaBV a. F. eingereicht wurden, für den Nachweis der ununterbrochenen Tätigkeit als Finanzanlagenvermittler ausreichend mit der Folge, dass der Gewerbetreibende vom Nachweis der Sachkunde befreit ist. Die im 113. Bund-Länder-Ausschuss am 17./18.04.2013 vertretene enge Auffassung, wonach nur fristgerecht eingereichte Prüfungsberichte für den Nachweis der ununterbrochenen Tätigkeit ausreichen und im Nachgang erstellte und eingereichte Prüfungsberichte nicht vom Nachweis der Sachkunde befreien, wird von den Oberverwaltungsgerichten nicht geteilt. Im Ausschuss bestand Einigkeit, bei noch offenen bzw. anhängigen Verwaltungsverfahren entsprechend der Linie der Oberverwaltungsgerichte zu verfahren. Darüber hinaus bestand im Ausschuss Einigkeit darüber, dass der Fall, in dem der Gewerbetreibende für ein Kalenderjahr eine Negativerklärung nach § 16 MaBV Abs. 1 S. 2 a. F. abgegeben hat, die später durch einen nachträglich angefertigten Prüfungsbericht ersetzt werden soll, von den von den Oberverwaltungsgerichten entschiedenen Fällen zu unterscheiden ist. Bei der nachträglichen Ersetzung einer Negativerklärung durch einen Prüfungsbericht könne die Vermutung nahe liegen, dass es sich um eine Umgehung mit dem

Ziel, der Durchführung einer Sachkundeprüfung zu entgehen, handelt. In diesem Fall sollte daher nach der bisherigen Linie des Bund-Länder-Ausschusses verfahren und ein Sachkundenachweis verlangt werden.

(GewA 2015, 160)