

Aktuelles aus dem Gewerberecht in Bayern

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

am Dienstag, 27. Februar 2018

in Nürnberg

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	4
I. Gewerbebegriff / Gewerbeanmeldung	4
1. BVerwG, Urteil vom 27.2.2013 – 8 C 8/12: gewerbliche Tätigkeit des Rechtsanwalts als Berufsbetreuer	4
2. VGH München, Beschluss vom 22.12.2015 – 22 ZB 15.2513: Schachlehrer	4
3. OVG Münster, Beschluss vom 14.3.2013 – 20 B 34/13: Hundehandel	4
4. OVG Lüneburg, Urteil vom 16.5.2012 - 7 LC 15/10: Softwareentwickler	4
5. Gewerberechtliche Einordnung von Paintball-Veranstaltungen	5
II. Gewerberechtliche Unzuverlässigkeit	6
1. BVerwG, Urteil vom 7.11.2012 - 8 C 28.11 (OGV Magdeburg): Widerruf der Bestellung zum Bezirksschornsteinfegermeister	6
2. VGH München, Beschluss vom 20.5.2016 - 22 ZB 16.253	6
3. VGH München, Beschluss vom 8.5.2015 - 22 C 15.760	6
4. VGH München, Beschluss vom 5.3.2014 - 22 ZB 12.2174	7
5. VGH München, Urteil vom 27.1.2014 - 22 BV 13.260	7
6. BVerwG Urteil vom 15.4.2015 – 8 C 6/14	7
III. Unzuverlässigkeit juristischer Personen	9
VGH München (anders noch VG München!), Beschluss vom 2.7.2014 - 22 CS 14.1186: „Lokal im Stadtzentrum Münchens“	9
IV. Erweiterte Gewerbeuntersagung	10
1. VGH München, Urteil vom 14.8.2014 - 22 B 14.880	10
2. VGH München, Beschluss vom 22.3.2017 – 22 ZB 17.374	10
3. VGH München Beschluss vom 10.5.2017 – 22 C 17.643	11
V. Wiedergestattung eines Gewerbes (§ 35 Abs. 6 GewO)	12
1. VGH München Beschluss vom 10.11.2016 – 22 ZB 16.1884	12
2. VGH München, Beschluss vom 2.11.2016 – 22 ZB 16.886	12
3. VGH München, Beschluss vom 25.6.2013 - 22 ZB 13.1102 (Sanierungskonzept)	13
4. VGH München, Beschluss vom 2.5.2011 – 22 ZB 11.184	13
VI. Sofortvollzug	15
1. VGH München, Beschluss vom 2.7.2014 - 22 CS 14.1186	15
2. VGH München, Beschluss vom 11.12.2013 - 22 CS 13.2348	16
VII. Bescheidsabfassung	17
1. VGH München, Beschluss vom 26.3.2014 - 22 ZB 14.221	17
2. VGH München, Beschluss vom 12.8.2013 - 22 CE 13.970 (Regensburger Herbstdult 2013)	17
Teil 2: Hinweise und Verfahrenserläuterungen zum Gewerberecht sowie Nebengesetzen aus Sicht der Verwaltung	18
I. Prostituertenschutzgesetz seit 1.7.2017	18
1. Übergangsregelungen für Prostituierte	18
2. Übergangsregelungen für Betreiber eines Prostitutionsgewerbes	18
II. Auswirkungen auf die Bauaufsicht	19

1. Überblick zur bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von Prostitution (nach Stühler BauR 2010, 1013 ff.)	19
2. Bauordnungsrechtlich relevante Nutzungsänderung.....	19
a) VGH Kassel, Beschluss vom 14.10.2002 – 4 TG 2028/02	19
b) VGH Kassel, Beschluss vom 30.4.2009 - 3 A 1284/08	20
3. Verhältnis zum Baurecht.....	20
a) § 14 Abs. 2 Nr. 5 ProstSchG.....	20
b) Keine (formelle oder materielle) Konzentration.....	20
c) Folgerungen für die Behördenpraxis	20
Teil 3: Aktuelle Rechtsprechung zu gewerberechtlichen „Nebengebieten“ ..	22
I. Spielhallen allgemein	22
1. VGH München, Beschluss vom 13.1.2015 - 22 CS 14.2323	22
2. VGH München, Beschluss vom 26.5.2014 - 22 CS 14.640	22
3. VGH München, Beschluss vom 11.12.2013 - 10 CS 13.2300.....	22
4. VGH München, Beschluss vom 24.11.2017 – 22 CS 17.2261	23
5. VGH München, Beschluss vom 10.11.2015 – 10 CS 15.1538	23
II. Spielhallen und Ende der Übergangsfrist.....	24
1. BayVerfGH, Entsch. v. 28.6.2013 – Vf. 10-VII-12, Vf. 11-VII-12, Vf. 12-VII-12, Vf. 14-VII-12, Vf. 19-VII-12.....	24
2. VGH München, Beschluss vom 30.9.2013 - 10 CE 13.1534.....	24
3. VGH München, Beschluss vom 8.4.2014 - 22 CS 14.224	24
4. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u.a.	25
5. VG Augsburg Beschluss vom 9.10.2017 – 8 S 17.1028	25
Teil 4: Der Blick des Rechtsanwalts	26
I. Erfahrungen bei Gericht.....	26
1. Gewerbeanmeldung für Jugendherbergen (Beweislast)	26
2. „Alte Hasen“.....	26
II. Fehlerquellen und Vermeidung	27
1. VG Regensburg, Beschluss vom 5.4.2017 – RN 5 S 17.190	27
2. VG Würzburg Beschluss vom 15.9.2016 – 6 S 16/909	27

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.

Eine gewerbliche Tätigkeit verliert ihren Charakter nicht dadurch, dass sie von einem Rechtsanwalt ausgeübt wird.

a.M. BFH Urteil vom 15.6.2010!

2. VGH München, Beschluss vom 22.12.2015 – 22 ZB 15.2513: Schachlehrer

Die Einordnung der Tätigkeit als Schachlehrer als gewerblich oder als freiberuflich muss nicht rechtsgebietsübergreifend (z. B. im Steuerrecht und im Gewerberecht) einheitlich erfolgen.

– Orientierungssatz –

(GewA 2016, 116)

3. OVG Münster, Beschluss vom 14.3.2013 – 20 B 34/13: Hundehandel

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)

4. OVG Lüneburg, Urteil vom 16.5.2012 - 7 LC 15/10: Softwareentwickler

1. Softwareentwickler sind verpflichtet, ihre Tätigkeit nach § 14 GewO anzugeben. (amtlicher Leitsatz)
2. Ein Softwareentwickler übt *keinen freien Beruf* aus. (amtlicher Leitsatz)

5. 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.

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 Abs. Nr. 1 SchfG 1998 persönlich unzuverlässig.

(LKV 2013, 172)

2. VGH München, Beschluss vom 20.5.2016 - 22 ZB 16.253

1. Bei der im Rahmen einer Gewerbeuntersagung gemäß § 35 Abs. 1 Satz 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 8.5.2015 - 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 hin hervortretenden und eindeutig feststellbaren Verhaltenswandel manifestiert hätte. Dahingehende Anhaltspunkte fehlen indes zur Gänze.

(BeckRS 2015, 45791)

4. VGH München, Beschluss vom 5.3.2014 - 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 Abs. 2 Nr. 1 Halbsatz 2, 33 d Abs. 3 Satz 2, 33i Abs. 2 Nr. 1 oder von §§ 34 b Abs. 4 Nr. 1 Halbsatz 2, 34 c Abs. 2 Nr. 1 Halbsatz 2 GewO kommt nicht in Betracht. (amtlicher Leitsatz 3)

(BeckRS 2014, 49154)

5. VGH München, Urteil vom 27.1.2014 - 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)

6. BVerwG Urteil vom 15.4.2015 - 8 C 6/14

Die Revision blieb ohne Erfolg:

1. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gewerbetreibenden führt nicht zur Unterbrechung des gerichtlichen Verfahrens über eine Gewerbeuntersagung.
2. Der für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 GewO maßgebliche Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung gilt auch für den Anwendungsbereich des § 12 Satz 1 GewO (Fortentwicklung der Rechtsprechung, vgl. BVerwGE 65, 1 [2 ff.] = NVwZ 1982, 503). Daher bewirkt ein erst nach Abschluss des

Verwaltungsverfahrens eröffnetes Insolvenzverfahren nicht die Rechtswidrigkeit einer Gewerbeuntersagung wegen einer auf ungeordneten Vermögensverhältnissen beruhenden Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden.

3. § 12 Satz 1 GewO normiert kein Verbot der Vollstreckung von Gewerbeuntersagungen für die Dauer des Insolvenzverfahrens.

(NZI 2015, 776)

III. Unzuverlässigkeit juristischer Personen

VGH München (anders noch VG München!), Beschluss vom 2.7.2014 - 22 CS 14.1186: „Lokal im Stadtzentrum Münchens“

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 GG 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). Es handelt sich hier um eine Frage des **Wollens**, nicht des Könnens.

(BeckRS 2014, 53521)

IV. Erweiterte Gewerbeuntersagung

1. VGH München, Urteil vom 14.8.2014 - 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:

1. Es müssen erstens Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden in Bezug auf die „Ausweichtätigkeit“ darstellen („**gewerbeübergreifende Unzuverlässigkeit**“). Eine solche ist - wie hier - bei beharrlichen steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Pflichtverletzungen ohne konkrete Aussicht auf Besserung unzweifelhaft gegeben.
2. 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, Urteil vom 2.2.1982 - 1 C 17/79 - BVerwGE 65, 9/11; BVerwG, Beschluss vom 11.9.1992 - 1 B 131.92 - GewArch 1995, 116; BayVGH, Beschluss vom 17.4.2012 - 22 ZB 11.2845 - Rn. 33; BayVGH, Urteil vom 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)

2. VGH München, Beschluss vom 22.3.2017 - 22 ZB 17.374

1. Eine gewerberechtliche Unzuverlässigkeit ist auch dann anzunehmen, wenn sich der Gewerbetreibende zur Erledigung beruflich bedingter Pflichten **Dritter** bedient, die die ihnen übertragenen Aufgaben nicht ordnungsgemäß erfüllen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn dem Gewerbetreibenden das

Fehlverhalten des Dritten bekannt sein musste, ohne dass er für Abhilfe sorgt. (redaktioneller Leitsatz)

2. **Maßgeblicher Zeitpunkt** für die Feststellung der Tatsachen, auf denen die Einordnung eines Gewerbetreibenden als unzuverlässig beruht, ist die **Untersagungsverfügung**. Nachträglich eintretende Umstände (z.B. die Verbesserung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Gewerbetreibenden) bleiben unberücksichtigt. (redaktioneller Leitsatz)

3. Für die Erstreckung einer Untersagungsverfügung über die angemeldete Tätigkeit hinaus muss die Ausübung der in § 35 Abs. 1 Satz 2 GewO beschriebenen Tätigkeiten nicht wahrscheinlich sein. Es genügt, wenn die Ausübung dieser Tätigkeiten *nicht ausgeschlossen* werden kann. (redaktioneller Leitsatz)

(BeckRS 2017, 107844)

3. VGH München Beschluss vom 10.5.2017 – 22 C 17.643

1. Die Untersagung einer weiteren gewerblichen Betätigung ist zum Schutz der Allgemeinheit erforderlich, wenn jeder, der mit dem Gewerbetreibenden in geschäftliche Beziehungen tritt, angesichts seiner hochgradigen Überschuldung befürchten muss, dass der Gewerbetreibende Zahlungsansprüche, die seinen Vertragspartnern zustehen, nicht zu erfüllen vermag. Dies gilt insbesondere, wenn in Bezug auf seine Person bereits eine **SCHUFA-Eintragung** aus älterer Zeit besteht. (redaktioneller Leitsatz)

2. Gewerberechtliche Unzuverlässigkeit ist dann nicht gegeben, wenn im maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt - nämlich bei Erlass bzw. bei der Bekanntgabe des Gewerbeuntersagungsbescheids - die Erwartung begründet gewesen wäre, dass der Gewerbetreibende Einnahmen erzielen wird, die es ihm gestatten werden, zumindest den weitaus größten Teil seiner Schulden innerhalb überschaubarer Zeit zu **tilgen**. (redaktioneller Leitsatz)

(BeckRS 2017, 110486)

V. Wiedergestaltung eines Gewerbes (§ 35 Abs. 6 GewO)

1. VGH München Beschluss vom 10.11.2016 – 22 ZB 16.1884

1. Ein Gewerbetreibender ist gewerberechtlich unzuverlässig, wenn er nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß ausüben wird (Anschluss an BVerwG BeckRS 2015, 48135 Rn. 14). Die Begehung von Straftaten in unmittelbarer Ausführung eines angemeldeten Gewerbes (hier: **Eingehungsbetrug**) lässt einen derartigen Schluss zu (vgl. zum Prüfungsumfang bei gewerbebezogenen Straftaten auch VGH München BeckRS 2016, 50123). (redaktioneller Leitsatz)

2. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden als Grundlage einer (erweiterten) Gewerbeuntersagung ist der Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung (Anschluss an BVerwG BeckRS 2015, 48135 Rn. 15); **nachträgliche Veränderungen der Sachlage** können nur im Rahmen eines Antrags auf Wiedergestaltung gemäß § 35 Abs. 6 GewO Berücksichtigung finden (vgl. auch VGH München BeckRS 2016, 54943). (redaktioneller Leitsatz)

(BeckRS 2016, 54933)

2. VGH München, Beschluss vom 2.11.2016 – 22 ZB 16.886

1. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden als Grundlage einer (erweiterten) Gewerbeuntersagung ist der Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung (Anschluss an BVerwG BeckRS 2015, 48135 Rn. 15); nachträgliche Veränderungen der Sachlage (hier: **Vereinbarung der Ratenzahlung betreffend rückständige Gewerbesteuer sowie eines Zahlungsaufschubs mit dem Finanzamt**) können nur im Rahmen eines Antrags auf Wiedergestaltung gemäß § 35 Abs. 6 GewO Berücksichtigung finden (vgl. auch VGH München BeckRS 2012, 59081 Rn. 15 und zum Erfordernis eines tragfähigen Sanierungskonzepts VGH München BeckRS 2016, 52322 Rn. 8 m.w.N.). (redaktioneller Leitsatz)

2. Die Unterbindung der künftigen Gewerbeausübung liegt im Wesen einer Gewerbeuntersagung und kann deshalb für sich genommen keinen außergewöhnlichen Ausnahmefall begründen, der ihre **Verhältnismäßigkeit (im engeren Sinne)** in Frage stellt (Bestätigung von VGH München BeckRS 2015, 50350 Rn. 24 m.w.N.). (redaktioneller Leitsatz)

(BeckRS 2016, 54943)

3. VGH München, Beschluss vom 25.6.2013 - 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)

4. VGH München, Beschluss vom 2.5.2011 – 22 ZB 11.184

1. Bei einer **Verpflichtungsklage** auf Wiedergestattung der persönlichen Ausübung des Gewerbes nach § 35 Abs. 6 GewO kommt es auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der **mündlichen Verhandlung** bei Gericht an.

Innerhalb der Berufungsbegründungsfrist vorgetragene Tatsachen sind zu berücksichtigen, auch wenn sie erst nach der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung eingetreten sind.

2. Ein nachträgliches ordnungsgemäßes Verhalten eines Gewerbetreibenden während des Verwaltungsgerichtsprozesses ist vor allem dann nicht bedeutsam, wenn es lediglich dazu dienen soll, das schwebende Verfahren zu einem günstigen Ende zu bringen. Denkbar ist allerdings auch, dass ein solches Wohlverhalten auf einen „**Reifeprozess**“ zurückzuführen und insofern Ausdruck gewerberechtlicher Zuverlässigkeit ist. (Leitsätze der Redaktion)

(NJW 2011, 2822)

VI. Sofortvollzug

1. VGH München, Beschluss vom 2.7.2014 - 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 GG 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 26.3.2014 - 22 ZB 14.221

1. Die Neuregelung einer zusätzlichen glücksspielrechtlichen Erlaubnispflicht für Spielhallen mit zwingender **Befristung** danach erteilter Erlaubnisse (vgl. § 24 Abs. 2 Satz 2 GlüStV; sonst: Widerrufsverfahren nötig!) 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 12.8.2013 - 22 CE 13.970 (Regensburger Herbstdult 2013)

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 2: Hinweise und Verfahrenserläuterungen zum Gewerberecht sowie Nebengesetzen aus Sicht der Verwaltung

I. Prostituierungsschutzgesetz seit 1.7.2017

1. Übergangsregelungen für Prostituierte

Tatbestand („wenn“)	Rechtsfolge („dann“)
Bestandsschutz (schon vor 01.07.17 tätig)	Verlängerung der Anmeldefrist bis 31.12.17
21 und älter und Anmeldung bis 31.12.17	Erste Anmeldebescheinigung gilt 3 (statt 2) Jahre
	Gesundheitliche Beratung erst wieder nach 2 (statt 1 bzw. ½) Jahren
	Entsprechende Vorlage von Nachweisen für Verlängerung der Anmeldebescheinigung

2. Übergangsregelungen für Betreiber eines Prostitutionsgewerbes

Tatbestand („wenn“)	Rechtsfolge („dann“)
Bestandsschutz (Betrieb schon vor 01.07.17)	Anzeige bis 01.10.17 Erlaubnisantrag bis 31.12.17 (Bescheinigung durch Behörde!)
Keine Beschäftigung ohne Anmelde- oder Aliasbescheinigung, Pflichten ggü. Prostituierten, Einschränkung von Weisungen und Vorgaben, Aufzeichnungs- und Aufbewahrungspflichten erst ab 31.12.17	
Antrag auf Erteilung einer Erlaubnis zum Betrieb eines Prostitutionsgewerbes rechtzeitig (bis 31.12.17 , s.o.) gestellt	Bis zur Entscheidung: Fortführung des Prostitutionsgewerbes gilt als erlaubt
„Bestandsschutz pro“: Betrieb schon vor 27.10.16 (= Verkündung)	Ausnahmen von Mindestanforderungen möglich (nach Ermessen)

II. Auswirkungen auf die Bauaufsicht

1. Überblick zur bauplanungsrechtlichen Zulässigkeit von Prostitution (nach Stühler BauR 2010, 1013 ff.)

Gebiet	Abk.	BauNVO	zulässig	unzulässig
Reine Wohngebiete	WR	§ 3	keine Form	Wohnungsprostitution wegen der (gleichzeitigen) gewerblichen Nutzung
Allgemeine Wohngebiete	WA	§ 4		
Besondere Wohngebiete	WB	§ 4a	Wohnungsprostitution	
Mischgebiete	MI	§ 6	Wohnungsprostitution (außer konkrete Belästigungen i.S.v. § 15 I BauNVO)	Bordell(artiger Betrieb), z.B. Sauna- oder FKK-Club, erotische(r) Modelwohnung oder Massagesalon, Wohnungsborde, Terminwohnung
Kerngebiete	MK	§ 7	jede Form	
Gewerbegebiete	GE	§ 8	Bordelle	Wohnungsprostitution wegen der (gleichzeitigen) Wohnnutzung
Industriegebiete	GI	§ 9		

2. Bauordnungsrechtlich relevante Nutzungsänderung

a) VGH Kassel, Beschluss vom 14.10.2002 – 4 TG 2028/02

Die Nutzung eines als Relaxzentrum genehmigten Vorhabens, das u.a. aus Schwimmbecken, Whirlpool, Solarium, Sauna, Massageraum, Bar und Ruheräumen besteht und der Erholung dient, als bordellartiger Betrieb stellt eine **Genehmigungspflichtige Nutzungsänderung** dar, weil durch die Nutzungsänderung die in § 1 Abs. 5 Nr. 3 BauGB genannten Belange von Sport, Freizeit und Erholung berührt werden.

(BeckRS 9998, 31994)

b) VGH Kassel, Beschluss vom 30.4.2009 - 3 A 1284/08

1. Eine bauplanungsrechtlich relevante Nutzungsänderung im Sinne von § 29 BauGB kann auch dann gegeben sein, wenn sich sowohl die bisherige als auch die beabsichtigte Nutzung nach den Maßstäben der Baunutzungsverordnung als **kerngebietstypische** Nutzung darstellt.
2. Die Umnutzung einer ehemaligen Diskothek in einen bordellartigen Betrieb stellt eine **Nutzungsänderung** gemäß § 29 BauGB dar, da hierdurch andere städtebaulich relevante Aspekte zur Überprüfung anstehen. Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass beide Nutzungsformen kerngebietstypische Vergnügungsstätten sind, die in Gebieten, die auch dem Wohnen dienen, nicht zulässig sind.

(LSK 2010, 020238)

3. Verhältnis zum Baurecht**a) § 14 Abs. 2 Nr. 5 ProstSchG**

Die Erlaubnis zum Betrieb eines Prostitutionsgewerbes hat auch baurechtliche Bezüge. So ist sie gemäß § 14 Abs. 2 Nr. 5 ProstSchG (u.a.) zu versagen, wenn das Betriebskonzept oder die **örtliche Lage** des Prostitutionsgewerbes dem öffentlichen Interesse widerspricht, insbesondere, wenn sich dadurch eine Gefährdung der Jugend oder schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des Bundesimmissionsschutzgesetzes oder Gefahren oder sonstige erhebliche Nachteile oder Belästigungen für die Allgemeinheit befürchten lassen.

b) Keine (formelle oder materielle) Konzentration

§ 12 Abs. 7 ProstSchG stellt klar, dass die Erlaubnispflicht nach diesem Gesetz (ähnlich wie bei einer Spielhallenerlaubnis) Erlaubnis- und Anzeigepflichten nach anderen Gesetzen nicht ersetzt.

Beispiel aus der Rechtsprechung: Eine *Baugenehmigung* und eine *Spielhallenerlaubnis* nach § 33i GewO stehen selbständig nebeneinander. Keiner von beiden ist eine Konzentrationswirkung eigen (OVG Münster Urteil vom 13.9.1994 – 11 A 3309/92, BeckRS 1995, 20152, Leitsatz 3).

c) Folgerungen für die Behördenpraxis

Die Erlaubnis nach § 12 ProstSchG kann auch als erste beantragt und erteilt werden. Der vorgängige Antrag auf Erteilung der Erlaubnis für das Prostitutionsgewerbe kann nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass der erforderliche *Bauantrag* noch nicht gestellt sei und deshalb das Sachbescheidungsinteresse für die Erlaubnis gem. § 12 ProstSchG fehle.

Sie sollte dann unter der *aufschiebenden Bedingung* einer noch zu erteilenden Baugenehmigung erteilt werden oder den deutlichen *Hinweis* enthalten, dass die Baugenehmigung noch einzuholen ist (so auch Hans-Urich Stühler, GewA 2016, 129 ff., 134).

Umgekehrt dürfte für die *Baugenehmigungsbehörde* i.d.R. kein Sachbescheidungsinteresse mehr gegeben sein, wenn nach § 12 i.V.m. § 14 ProstSchG eine Erlaubnis bestandskräftig versagt worden ist (so wohl auch Hans-Urich Stühler, GewA 2016, 129 ff., 134).

Teil 3: Aktuelle Rechtsprechung zu gewerberechtlichen „Nebengebieten“

I. Spielhallen allgemein

1. VGH München, Beschluss vom 13.1.2015 - 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 26.5.2014 - 22 CS 14.640

1. Ein durch die besonders auffällige äußere Gestaltung einer Spielhalle geschaffener **zusätzlicher Anreiz** für den Spielbetrieb i.S.d. § 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 i.S.d. § 26 Abs. 1 Alternative 2 GlüStV herbeiführen.

(amtlicher Leitsatz)

3. Gestalterische Elemente, die zu der nach § 26 Abs. 1 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 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)

4. VGH München, Beschluss vom 24.11.2017 – 22 CS 17.2261

1. Mit der in § 9 Abs. 2 Satz 1 GlüStV i.V.m. Art. 10 Satz 2 Halbsatz 2 BayAGGlüStV getroffenen Festlegung, dass Klagen gegen behördliche Anordnungen, die in Vollzug des Glücksspielstaatsvertrags u.a. in Bezug auf Spielhallen ergehen, keine aufschiebende Wirkung zukommt, ist es nicht vereinbar, dem zuständigen Träger öffentlicher Gewalt aus Anlass einer in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes eingelegten Beschwerde gleichsam „**routinemäßig**“ aufzugeben, bis zur Entscheidung hierüber **von Vollzugsmaßnahmen abzusehen** und auf diese Weise die Rechtsfolgen zu ignorieren, die der Glücksspielstaatsvertrag und das bayerische Ausführungsgesetz an den Betrieb von Spielhallen knüpfen, für die keine Erlaubnis nach § 24 GlüStV vorliegt. (Rn. 10) (redaktioneller Leitsatz)

2. Anlass für das Beschwerdegericht, bei einer in einem vorläufigen Rechtsschutzverfahren eingelegten Beschwerde die Behörde aufzufordern, bis zur Entscheidung hierüber von Vollzugsmaßnahmen abzusehen, besteht – auch im Licht des Grundrechts aus Art. 19 Abs. 4 GG – nur, wenn entweder angenommen werden muss, dass dem Rechtsschutzsuchenden anderenfalls ein gewichtiger, bei einem Erfolg seiner Beschwerde nicht mehr wiedergutzumachender **Nachteil** entsteht, oder wenn sich bereits abzeichnet, dass die streitgegenständliche behördliche Maßnahme in derart offensichtlichem und gravierendem Widerspruch zum geltenden Recht steht, dass ihre auch nur vorübergehende Durchsetzung mit Blickrichtung auf das **Gebot effektiven Rechtsschutzes** trotz der in § 149 Abs. 1 Satz 1 VwGO und im jeweils einschlägigen Fachrecht (hier: § 9 Abs. 2 Satz 1 GlüStV i.V.m. Art. 10 Satz 2 Halbsatz 2 BayAGGlüStV) getroffenen Wertungen nicht hinnehmbar erscheint. (Rn. 10) (redaktioneller Leitsatz)

(BeckRS 2017, 134612)

5. VGH München, Beschluss vom 10.11.2015 – 10 CS 15.1538

Es läuft dem Ziel der Vorbeugung und Bekämpfung der Glücksspiel- und Wettsucht nach § 1 Satz 1 Nr. 1 GlüStV zuwider, wenn in Vermittlungsstellen für **Sportwetten** zusätzlich auch die Möglichkeit zum Geldautomatenspiel angeboten wird. (redaktioneller Leitsatz)

(BeckRS 2015, 56137)

II. Spielhallen und Ende der Übergangsfrist

1. BayVerfGH, Entsch. v. 28.6.2013 – Vf. 10-VII-12, Vf. 11-VII-12, Vf. 12-VII-12, Vf. 14-VII-12, Vf. 19-VII-12

Die Regelungen im Glücksspielstaatsvertrag sowie im Ausführungsgesetz zu diesem Vertrag, wonach

- die Errichtung und der Betrieb einer Spielhalle der **glücksspielrechtlichen Erlaubnis** bedürfen (§ 24 Abs.1 und Abs. 2 Satz 1 GlüStV, Art. 11 Abs. 1 Satz 1 BayAGGlüStV),
- zwischen Spielhallen ein **Mindestabstand** von 250 m Luftlinie einzuhalten ist (§ 25 Abs. 1 GlüStV, Art. 9 Abs. 3 BayAGGlüStV) und
- eine Spielhalle **nicht** in einem baulichen **Verbund** mit weiteren Spielhallen stehen darf (§ 25 Abs. 2 GlüStV, Art. 9 Abs. 2 Satz 1 BayAGGlüStV),

sind mit der Bayerischen Verfassung vereinbar.

Auch die **Übergangsregelungen** für bestehende Spielhallen (§ 29 Abs. 4 GlüStV, Art. 11 Abs. 1 Satz 2 BayAGGlüStV) sind verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

(NVwZ 2014, 141, beck-online)

2. VGH München, Beschluss vom 30.9.2013 - 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)

3. VGH München, Beschluss vom 8.4.2014 - 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. BVerfG, Beschluss vom 7.3.2017 – 1 BvR 1314/12 u.a.

1. Die Länder besitzen die ausschließliche **Zuständigkeit** zur Regelung der gewerberechtlichen Anforderungen an den Betrieb und die Zulassung von Spielhallen (Art. 70 Abs. 1 i.V.m. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG).
2. Das **Verbot** des **Verbundes** mehrerer Spielhallen an einem Standort, die **Abstandsgebote**, die Reduzierung der Gerätehöchstzahl je Spielhalle, die Aufsichtspflicht und die **Übergangsregelungen** im Glücksspielstaatsvertrag und den Gesetzen der Länder Berlin, **Bayern** und des Saarlandes sind mit dem Grundgesetz vereinbar.
3. Sofern der Staat auf Teilen des Spielmarktes auch eigene fiskalische Interessen verfolgt und die Glücksspielformen potentiell in Konkurrenz zueinander stehen, müssen staatliche Maßnahmen auf die Bekämpfung der Spielsucht ausgerichtet sein.
4. Vor dem Abschluss eines Staatsvertrages zwischen den Ländern entfällt schutzwürdiges Vertrauen in die geltende Rechtslage bereits dann, wenn die geplanten Änderungen hinreichend öffentlich in konkreten Umrissen vorhersehbar sind.

(LKV 2017, 217)

5. VG Augsburg Beschluss vom 9.10.2017 – 8 S 17.1028

1. Das Fehlen der ab dem 1.7.2017 notwendigen glücksspielrechtlichen Erlaubnis für den (Weiter-) Betrieb einer Spielhalle führt zum **Verbot** der Spielhalle, unabhängig von weiteren ebenfalls in der Spielhalle aufgestellten sonstigen Unterhaltungsgeräten ohne Gewinnmöglichkeiten. (Rn. 47) (redaktioneller Leitsatz)
2. Die Regelungen zum Mindestabstandsgebot bzw. zur Erteilung von Ausnahmen vom Mindestabstandsgebot sowie die Regelungen zum Verbundverbot bzw. den Befreiungen davon und der Erlaubnisvorbehalt für den (Weiter-) Betrieb von Spielhallen sind mit dem Grundgesetz vereinbar. (Rn. 53) (redaktioneller Leitsatz)
3. Bei dem Begriff „**baulicher Verbund**“ handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der unter Berücksichtigung des Schutzzweckes des Erlaubnisvorbehalts gemäß § 1 GlüStV und unter Beachtung der baurechtlichen Situation näher zu bestimmen ist. (Rn. 66) (redaktioneller Leitsatz)

(BeckRS 2017, 133786)

Teil 4: Der Blick des Rechtsanwalts

I. 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 14.3.2013 (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 welche die Behörde beweispflichtig ist. Sie 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 Satz 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./18.4.2013 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 Satz 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 handelt mit dem Ziel, der Durchführung einer Sachkundeprüfung zu entgehen. In diesem Fall sollte daher nach der bisherigen Linie des Bund-Länder-Ausschusses verfahren und ein Sachkundenachweis verlangt werden.

(GewA 2015, 160)

II. Fehlerquellen und Vermeidung

1. VG Regensburg, Beschluss vom 5.4.2017 – RN 5 S 17.190

1. Ist der **Widerruf** einer **Gaststättenerlaubnis** in seiner Intensität einem **Berufsverbot** vergleichbar, vermag die voraussichtliche Erfolglosigkeit der hiergegen gerichteten Anfechtungsklage die sofortige Vollziehung des Erlaubniswiderrufs allein nicht zu rechtfertigen. (redaktioneller Leitsatz)
2. Erforderlich ist die aufgrund einer Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalls gewonnene **zusätzliche Feststellung**, dass die sofortige Vollziehbarkeit schon vor Rechtskraft des Hauptsacheverfahrens als Präventivmaßnahme zur Abwehr konkreter Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter notwendig ist. (redaktioneller Leitsatz)

(BeckRS 2017, 107150)

2. VG Würzburg, Beschluss vom 15.9.2016 – 6 S 16/909

1. Die Anordnung der **sofortigen Vollziehung** einer **erweiterten Gewerbeuntersagung** erfordert im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG und das in Art. 20 Abs. 3 GG verankerte Rechtstaatsprinzip neben der voraussichtlichen Erfolglosigkeit einer Anfechtungsklage die zusätzliche Feststellung, dass die sofortige Vollziehbarkeit schon **vor Rechtskraft** des Hauptsacheverfahrens als **Präventivmaßnahme** zur Abwehr konkreter Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter notwendig ist (Anschluss an BVerfG BeckRS 2003, 24810; VGH München BeckRS 2013, 59883 Rn. 16; **hier verneint**). (redaktioneller Leitsatz)
2. Maßgeblich für die Beurteilung der Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 GewO ist der Zeitpunkt der **letzten Behördeneentscheidung**; jedoch kann sich aus der **weiteren Entwicklung** die fehlende Erforderlichkeit einer Anordnung der sofortigen Vollziehung bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens ergeben (Anschluss an OVG Münster BeckRS 2016, 48001 Rn. 4; VGH München BeckRS 2012, 52957 Rn. 11). (redaktioneller Leitsatz)
2. Der für eine (erweiterte) Gewerbeuntersagung gemäß § 35 Abs. 1 GewO erforderlichen Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden steht im Falle steuer- und sozialversicherungsrechtlicher Erklärungs- und Zahlungspflichten ein Wohlverhalten während des laufenden Gewerbeuntersagungsverfahrens gerade unter dem Eindruck behördlicher Maßnahmen nicht entgegen. Erforderlich ist vielmehr die Vorlage eines tragfähigen **Sanierungskonzepts** (vgl. auch BVerwG BeckRS 2015, 48135 Rn. 14; VGH München BeckRS 2016, 46412; BeckRS 2016, 52322). (redaktioneller Leitsatz)

(BeckRS 2016, 53733)