

*Band  
1*

*Wirtschaftsverwaltungsrecht  
Schwerpunkt Gewerberecht  
und Anwendungsfälle*

~  
Tim Jesgarzewski

KCW Schriftenreihe



**KCW KompetenzCentrum  
für Wirtschaftsrecht**  
der FOM Hochschule für Oekonomie & Management

**Tim Jesgarzewski**

*Wirtschaftsverwaltungsrecht*  
*Schwerpunkt Gewerberecht und Anwendungsfälle*

KCW Schriftenreihe der FOM, Band1

Essen 2021

ISBN (Print) 978-3-89275-210-3    ISSN (Print) 2748-6869  
ISBN (eBook) 978-3-89275-211-0    ISSN (eBook) 2748-6877

Dieses Werk wird herausgegeben vom KCW KompetenzCentrum für Wirtschaftsrecht der FOM Hochschule für Oekonomie & Management gGmbH

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2021 by



**Akademie  
Verlags- und Druck-  
Gesellschaft mbH**

MA Akademie Verlags-  
und Druck-Gesellschaft mbH  
Leimkugelstraße 6, 45141 Essen  
[info@mav-verlag.de](mailto:info@mav-verlag.de)

Das Werk einschließlich seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urhebergesetzes ist ohne Zustimmung der MA Akademie Verlags- und Druck-Gesellschaft mbH unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Werk berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürfen. Oft handelt es sich um gesetzlich geschützte eingetragene Warenzeichen, auch wenn sie nicht als solche gekennzeichnet sind.

Tim Jesgarzewski

***Wirtschaftsverwaltungsrecht  
Schwerpunkt Gewerberecht und Anwendungsfälle***

**Autorenkontakt**

Prof. Dr. Tim Jesgarzewski

FOM Hochschulzentrum Bremen

Wissenschaftlicher Leiter des KCW Kompetenzzentrum für Wirtschaftsrecht

[tim.jesgarzewski@fom.de](mailto:tim.jesgarzewski@fom.de)

**Inhalt**

1	Einleitung .....	1
2	Begriffsbestimmung.....	3
3	Verhältnis von Staat und Wirtschaft .....	5
4	Rechtsgrundlagen .....	6
5	Wirtschaftsüberwachung.....	7
5.1	Gewerberecht .....	7
5.1.1	Allgemeines und besonderes Gewerberecht .....	8
5.1.2	Begriff des Gewerbes .....	9
5.1.3	Gewerbefreiheit.....	14
5.1.4	Gewerbearten .....	15
5.1.5	Gewerbeüberwachung.....	17
	<i>Fallbeispiel</i> .....	23
5.2	Exkurs: Handwerksrecht .....	27
5.2.1	Definition .....	27
5.2.2	Handwerksrolle .....	28
5.2.3	Ausbildungsbefähigung.....	30
5.2.4	Untersagungsbefugnis.....	30
	<i>Fallbeispiel</i> .....	32

6	Wirtschaftsförderung .....	37
6.1	Wirtschaftslenkung .....	37
6.2	Förderungsverhältnis .....	39
6.3	Rückforderungsmöglichkeiten .....	40
6.4	Beihilfeverbot .....	41
6.5	Rechtsschutz .....	44
6.6	Abwehr von Rückforderungen .....	44
6.7	Konkurrentenschutz .....	45
	<i>Fallbeispiel</i> .....	47
7	Der Staat als Wirtschaftssubjekt .....	49
7.1	Kommunales Wirtschaftsrecht .....	49
7.2	Betätigungsgrenzen .....	49
	<i>Fallbeispiel</i> .....	51
8	Schlussbetrachtung .....	56
	Literaturverzeichnis .....	57

## **Über den Autor**

**Prof. Dr. Tim Jesgarzewski** ist Professor an der FOM Hochschule in Bremen und lehrt dort Wirtschafts- und Arbeitsrecht. Zudem ist er wissenschaftlicher Leiter des KCW KompetenzCentrum für Wirtschaftsrecht. Neben seiner Hochschultätigkeit ist Tim Jesgarzewski als Rechtsanwalt insbesondere in der Beratung kleiner und mittelständischer Unternehmen tätig und Mitglied verschiedener Aufsichtsräte.

## 1 Einleitung

Eine Grundkenntnis des Wirtschaftsverwaltungsrechts ist für eine erfolgreiche Unternehmensführung genauso unerlässlich wie eine solide Grundlage in anderen Teilrechtsgebieten, wie etwa dem Arbeits- oder Vertragsrecht. Eine erfolgreiche Unternehmensführung setzt voraus, dass auch alle unternehmerischen Bezüge zu staatlichem Handeln sorgfältig und umfassend beurteilt werden können. Unternehmen und Privatpersonen stehen nicht nur in Rechtsbeziehungen zueinander, sondern auch zum Staat.

Wie sich diese ausgestalten können, wird Gegenstand der nachfolgenden Darstellung sein. Das Wirtschaftsverwaltungsrecht wird zunächst möglichst scharf von anderen (Teil-)Rechtsgebieten abgegrenzt und deshalb nur im engeren Sinne beleuchtet werden.

Erst nach einer trennscharfen Begriffsbestimmung folgt die inhaltliche Darlegung der einzelnen Aspekte des Wirtschaftsverwaltungsrechts. Dabei wird stets auf einen hohen Praxisbezug geachtet, sodass den Leserinnen und Lesern die Möglichkeit zu einem umfassenden Theorie-Praxis-Transfer eröffnet ist. Für ein systematisches Verständnis des Wirtschaftsverwaltungsrechts ist es zudem unerlässlich, sich die rechtlichen Grundlagen, und damit verbunden das Verhältnis zwischen Staat und Wirtschaft, vor Augen zu führen.

Erst nach der Darlegung der vorgenannten Grundlagen kann in das Wirtschaftsverwaltungsrecht im engeren Sinne eingestiegen werden. Hierzu wird dieser Beitrag sowohl das Wirtschaftsüberwachungs- als auch das Wirtschaftsförderungsrecht darstellen. Zu beiden Teilgebieten werden zunächst die allgemeinen Regeln beleuchtet. Jeweils anschließend werden dann besondere Fragestellungen aufgeworfen, wofür jeweils exemplarisch bestimmte Schwerpunkte aus dem besonderen Wirtschaftsverwaltungsrecht tiefer beleuchtet werden. Die beispielhaften Vertiefungen sollen dabei zwei Zwecken dienen.

Zum einen werden exemplarisch jeweils solche Materien ausgewählt, die einen hohen Praxisbezug für die Unternehmensführung aufweisen. Den Leserinnen und Lesern wird dadurch die Möglichkeit zur Vertiefung ihres Praxiswissens geboten. Zum zweiten wird durch die beispielhafte Erläuterung von Teilrechtsgebieten ein Übungseffekt erzielt. Die Leserinnen und Leser können ihr zunächst durch die Erarbeitung der Grundlagen erzieltes theoretisches und abstraktes Wissen unmittelbar in die Anwendung bringen. Dadurch werden sie in die Lage versetzt,

sich auch in vorliegend nicht oder nur cursorisch behandelten Teilrechtsgebieten des Wirtschaftsverwaltungsrecht zurecht zu finden, da nicht nur die Struktur des Wirtschaftsverwaltungsrechts, sondern auch die Möglichkeit zur rechtlichen Bearbeitung von entsprechenden Fragestellung aufgezeigt wird.

Abgerundet wird dieser Beitrag durch eine Darlegung der rechtlichen Voraussetzungen und Grenzen dafür, dass der Staat sich selber wirtschaftlich betätigt. Hier wird zu klären sein, ob und in welchem Umfang der Staat als eigener Akteur am Wirtschaftsleben teilnehmen kann.

## 2 Begriffsbestimmung

Um die weitere Herangehensweise an die Thematik zu präzisieren, ist das Wirtschaftsverwaltungsrecht inhaltlich und begrifflich abzugrenzen. Dabei ist sowohl vom Wirtschaftsrecht als auch vom Verwaltungsrecht auszugehen, um den hier darzustellenden Gegenstand präzise zu bestimmen.

Wirtschaftsverwaltungsrecht ist Wirtschaftsrecht. Wirtschaftsrecht ist die Summe der Rechtsnormen, die auf den Wirtschaftsprozess im Ganzen und auf die wirtschaftliche Tätigkeit des Einzelnen unmittelbar einwirken.<sup>1</sup> Unter Wirtschaftsrecht werden daher sämtliche Normen umfasst, die unabhängig von ihrem Adressaten wirtschaftsbezogene Rechtsverhältnisse unterschiedlicher Rechtssubjekte regeln. Dies kann sowohl öffentliche als auch privatrechtliche Rechtsnormen umfassen. Privatrechtlich sind dies etwa die zentralen vertrags- und gesellschaftsrechtlichen Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) und des Handelsgesetzbuchs (HGB) sowie der entsprechenden Nebengesetze wie das Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) oder das Aktiengesetz (AktG). Dazu kommen zahlreiche weitere Teilrechtsgebiete des privaten Wirtschaftsrechts wie das Arbeits- oder Insolvenzrecht.

Wirtschaftsverwaltungsrecht ist nicht nur Wirtschafts-, sondern auch Verwaltungsrecht. Vorliegend geht es ausschließlich um das öffentliche Wirtschaftsrecht, sodass dem Definitionsmerkmal des Verwaltungsrechts als Bestandteil des Öffentlichen Rechts besondere Bedeutung zukommt.

Das öffentliche Wirtschaftsrecht ist derjenige Teil des Wirtschaftsrechts, welcher als Adressat öffentlich-rechtliche Träger in ihrem hoheitlichen Wirken hat. Die Abgrenzung erfolgt mittels der sogenannten Sonderrechts- bzw. modifizierten Subjektstheorie, wonach auf den Adressaten der zu beurteilenden Rechtsnorm abzustellen ist. Berechtigt und verpflichtet die Rechtsnorm einen Träger öffentlicher Gewalt, ist sie dem öffentlichen Recht zuzuordnen.

---

<sup>1</sup> Vgl. etwa Schmidt-Aßmann/Schoch Rn. 1ff.; kritisch zu Abgrenzungsfragen Frotscher/Kramer § 1 Rn. 3ff.

Folglich umfasst das öffentliche Wirtschaftsrecht die Rechtsnormen, die auf den Wirtschaftsprozess im Ganzen und auf die wirtschaftliche Tätigkeit des Einzelnen unmittelbar einwirken, dabei aber nicht jedermann, sondern nur einen Träger hoheitlicher Gewalt (wie etwa die Gewerbe- oder Lebensmittelaufsicht) berechtigen oder verpflichten.<sup>2</sup>

Diese grundsätzliche Definition muss für die Anwendungspraxis für unterschiedliche Teilbereiche des Wirtschaftsverwaltungsrechts weiter verfeinert werden, da sie nur die Gesamtheit des Wirtschaftsverwaltungsrechts widerspiegelt. Erforderlich ist es jedoch, innerhalb des Wirtschaftsverwaltungsrechts in die Bereiche Wirtschaftsverfassungs-, Wirtschaftsüberwachungs- und Wirtschaftsförderungsrecht zu unterteilen. So bildet die Frage nach der Wirtschaftsverfassung den grundgesetzlichen Überbau zu der Frage, ob bzw. inwieweit der Staat überhaupt in wirtschaftliche Abläufe eingreifen darf. Erst nach Klärung dieser abstrakten verfassungsrechtlichen Frage kann beurteilt werden, welche rechtlichen Regelungen den Staat in welcher Form im Überwachungs- und Förderungsbereich gegenüber wirtschaftlichen Akteuren überhaupt berechtigen und verpflichten.

Bei der dann anschließenden Differenzierung von Wirtschaftsüberwachungs- und Wirtschaftsförderungsrecht wird nach der Eingriffsrichtung zu fragen sein. Soll mit dem Wirtschaftsüberwachungsrecht die Sicherung übergeordneter Rechtsgüter, wie z.B. öffentliche Ordnung oder Leben und Gesundheit der Bevölkerung, durch Maßnahmen staatlicher Aufsicht erreicht werden, geht es im Bereich der Wirtschaftsförderung darum, durch staatliches Handeln aktiv wirtschaftliches Handeln zu unterstützen.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> Vgl. Frotzcher/Kramer § 1 Rn. 3ff.

<sup>3</sup> Aus Platzgründen muss auf die Darstellung des Staats als eigener Wirtschaftsakteur verzichtet werden. Hierzu wird auf die einschlägigen Lehrbücher zur wirtschaftlichen Betätigung des Staates verwiesen.

### 3 Verhältnis von Staat und Wirtschaft

Die Bundesrepublik Deutschland ist nach Art. 20 des Grundgesetzbuchs ein sozialer Bundesstaat, wobei alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht und alle staatlichen Handlungen an die verfassungsmäßige Ordnung gebunden sind. In der Exekutive sind die Grenzen von Recht und Gesetz nach Art. 20 III GG einzuhalten. Hieraus leiten sich der Vorbehalt und der Vorrang des Gesetzes ab. Danach bedarf staatliches Handeln einer Ermächtigungsgrundlage und muss sich in den durch das Gesetz vorgegebenen Grenzen bewegen.

Da sich keine konkretisierenden Ausführungen zur Frage der Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland im Grundgesetz finden, ist diese nach einer Gesamtbetrachtung der verfassungsrechtlichen Wertungen des Grundgesetzes zu bestimmen.

Hieraus hat das Bundesverfassungsgericht bereits frühzeitig eine wirtschaftspolitische Neutralität abgeleitet.<sup>4</sup> Das Grundgesetz gebe gerade keine Wirtschaftsverfassung vor. Der Verfassungsgeber habe bewusst keine dahingehende Festlegung getroffen. Weder sei ein bestimmtes Wirtschaftssystem festgelegt, noch sei eine bestimmte Wirtschaftspolitik vorgegeben. Der Gesetzgeber habe jeweils nur die einzelnen grundgesetzlichen Vorgaben zu beachten.

Diese verfassungsgerichtliche Festlegung wurde in der Folge mehrfach bestätigt und hat bis heute Bestand.<sup>5</sup> Folglich obliegt dem Gesetzgeber die konkrete Ausgestaltung der wirtschaftsrechtlichen Normen im privaten und öffentlichen Bereich, wobei jeweils die einzelnen Grundrechte zu beachten sind.

Von zentraler Bedeutung sind insoweit neben der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG insbesondere die Berufs- und Eigentumsfreiheit nach den Art. 12 und 14 GG.

---

<sup>4</sup> Vgl. BVerfG 4, 7ff.

<sup>5</sup> Siehe BVerfG 50, 290, 380 m.w.N.

## 4 Rechtsgrundlagen

Das Wirtschaftsverwaltungsrecht hat seine Rechtsgrundlagen – wie bereits ausgeführt – nur sehr cursorisch im grundgesetzlichen Bereich. Gleichwohl ist bei der Anwendung wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Normen stets die grundsätzliche Normenhierarchie zu beachten, um Kollisions- und Auslegungsfragen zu beantworten.

Neben den grundrechtlichen Vorgaben, insbesondere der Individualgrundrechte, sind auch europarechtliche Normen den Gesetzen übergeordnet. Zudem ist entsprechend der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung zwischen den einzelnen Bundes- und Landesgesetzgebungskompetenzen zu unterscheiden, die nach den Art. 72 ff. GG sowohl konkurrierend als auch zwingend gemeinsam auszuüben sein können. Auch ist zwischen formellen Gesetzen und Verordnungen sowie kommunalrechtlichen Normen (Satzungen) zu unterscheiden. Insoweit wird auf die grundsätzlichen Ausführungen in diesem Lehrbuch zur Normenhierarchie im Staatsaufbau verwiesen.

Für den Anwender des Wirtschaftsverwaltungsrechts gelten daher die grundsätzlichen Regeln, dass höherrangiges Recht nachgeordnetes Recht bricht bzw. bei der Auslegung nachgeordneter Normen zu berücksichtigen ist. Dies gilt insbesondere für die europarechtlichen Vorgaben. Auch insoweit wird auf den europarechtlichen Teil dieses Lehrbuchs verwiesen.

Schließlich ist bei der Frage der auf das Wirtschaftsverwaltungsrecht anwendbaren Rechtsgrundlagen auf die allgemeine Differenzierung von allgemeinem und besonderem Verwaltungsrecht zu achten. Eine Grundkenntnis des allgemeinen Verwaltungsrechts, also insbesondere der Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (in seiner jeweiligen bundes- und landesgesetzlichen Ausprägung) sowie der Verwaltungsgerichtsordnung ist für die Bearbeitung wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Fragestellungen genauso unumgänglich wie für andere verwaltungsrechtliche Teilrechtsgebiete auch. Insoweit wird die vorliegende Darstellung darauf beschränkt, das Wirtschaftsverwaltungsrecht in seinen Ausprägungen als Überwachungs- und Förderungsrecht darzustellen und die Kenntnis des allgemeinen Verwaltungsrechts dabei vorausgesetzt.

Innerhalb des Wirtschaftsüberwachungsrechts wird wiederum binnendifferenziert und zunächst ausführlich das Gewerberecht ausgebreitet, um sodann exemplarische Vertiefungen aus dem Handwerksrecht vorzunehmen.

## **5 Wirtschaftsüberwachung**

Als Wirtschaftsüberwachungsrecht wird derjenige Teil des Wirtschaftsverwaltungsrechts bezeichnet, welcher der Gefahrenabwehr dient. Wirtschaftsüberwachungsrecht ist folglich Ordnungsrecht und damit Eingriffsrecht. Der Staat tritt gegenüber dem Wirtschaftsakteur mit Eingriffsbefugnissen regulierend auf und nimmt dadurch eine Aufsichtsfunktion wahr.

Nachfolgend wird zunächst das Gewerberecht als Basis des Wirtschaftsüberwachungsrechts dargestellt. Anschließend wird exemplarisch für eine Vielzahl weiterer wirtschaftsüberwachungsrechtlicher Regelungen auf das Handwerksrecht eingegangen, um das Spezialitätsverhältnis zum allgemeinen Gewerberecht aufzuzeigen.

### **5.1 Gewerberecht**

Eine zentrale Säule des Wirtschaftsverwaltungsrechts ist das Gewerberecht. Das Gewerberecht gehört zum besonderen Verwaltungsrecht, dient der Überwachung gewerblicher Tätigkeiten und erfüllt damit eine wesentliche Ordnungsfunktion im öffentlichen Wirtschaftsrecht.

Innerhalb des Gewerberechts ist wiederum zu differenzieren zwischen dem allgemeinen Gewerberecht, welches in der Gewerbeordnung (GewO) geregelt ist, sowie spezialgesetzlichen Regelungen, die sich auf bestimmte Arten von gewerblichen Tätigkeiten beziehen (z.B. das Gaststättengesetz). Im Rahmen dieser Darstellung soll ausschließlich eine Darlegung des allgemeinen Gewerberechts erfolgen, da dieses allgemeingültige Anwendung auf jede Form von gewerblichen Betätigungen findet, soweit nicht spezielle Gesetze vorrangig sind.

Ausgehend von der bereits oben zu den Rechtsgrundlagen genannten Normenhierarchie, ist die Gewerbeordnung als Bundesgesetz im Lichte europarechtlicher und grundsätzlicher Vorgaben auszulegen und anzuwenden. Nachfolgend wird das Gewerberecht nach der Gewerbeordnung ausgehend von der Begrifflichkeit des Gewerbes und der grundsätzlich geltenden Gewerbefreiheit aufbereitet. Zur besseren Veranschaulichung wird zum Abschluss dieses Teilkapitels ein gewerberechtlicher Fall aufbereitet.

### **5.1.1 Allgemeines und besonderes Gewerberecht**

Das Gewerberecht untergliedert sich in allgemeines und besonderes Gewerberecht. Das allgemeine Gewerberecht beinhaltet die Summe der Rechtsnormen, welche unabhängig von der Art des Gewerbes auf diese Anwendung finden. Das allgemeine Gewerberecht besteht im Wesentlichen aus den Regelungen in der GewO.

Gegenüber dem allgemeinen Gewerberecht finden Regelungen des besonderen Gewerberechts nur dann Anwendung, wenn eine bestimmte Art von Gewerbe folgt. So normiert der Gesetzgeber für bestimmte Gewerbearten besondere Regelungen, die den dort jeweils betroffenen Risiken und Gefahren gezielt Rechnung tragen. Dies gilt namentlich für gewerbliche Tätigkeiten, die Gefahren für besonders werthaltige Rechtsgüter wie Körper, Leben oder Gesundheit nach sich ziehen können. So existieren zahlreiche sondergesetzliche Regelungen für den Umgang mit Lebensmitteln, Chemikalien oder anderen Stoffen, mit welchen Menschen bestimmungsgemäß in Kontakt treten (z.B. Gaststättengesetz, Lebensmittelrecht, u.v.m.).

Bei der Bearbeitung gewerberechtlicher Fragestellungen ist daher stets zu beachten, dass den spezialgesetzlichen Regelungen ein Anwendungsvorgang gegenüber der GewO zukommt. Hierzu ist vom Grundsatz *lex specialis* bricht *lex generalis* auszugehen. Deshalb ist im Rahmen einer gewerblichen Fragestellung der Wahl der anzuwendenden Rechtsgrundlagen besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Nur wenn sich keine spezialgesetzliche Regelung für die gegenständliche gewerberechtliche Fragestellung findet, ist auf die Grundsätze der GewO zurückzugreifen. Der GewO kommt folglich eine Auffangfunktion zu. Sollten sich im Rahmen einer gewerberechtlichen Fragestellung grundsätzliche verwaltungsrechtliche oder verwaltungsverfahrenrechtliche Fragen stellen, ist zudem auf den allgemeinen Teil des Verwaltungsrechts zurückzugreifen, sodass insoweit auch die Regelungen des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG) sowie der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) einschlägig sind.

### 5.1.2 Begriff des Gewerbes

Innerhalb der GewO findet sich keine Legaldefinition des Gewerbebegriffs. Es obliegt daher der Rechtsprechung, den Gewerbebegriff für die GewO zu definieren. Hierfür ist die Tatsache zu berücksichtigen, dass sich der Begriff des Gewerbes nicht nur in der GewO, sondern auch in anderen Teilrechtsgebieten wiederfindet. So findet die Begrifflichkeit etwa steuerrechtlich im Einkommenssteuergesetz Anwendung und spielt eine zentrale Rolle bei der Definition des Kaufmanns nach dem Handelsgesetzbuch.

Das Bundesverwaltungsgericht definiert den Begriff des Gewerbes inhaltlich wie folgt:

*„Gewerbe im Sinne der GewO ist jede nicht sozialunwertige, erlaubte, auf Gewinnerzielung gerichtete und auf Dauer angelegte selbstständige Tätigkeit, ausgenommen die Urproduktion, die freien Berufe (freie wissenschaftliche, künstlerische und schriftstellerische Tätigkeiten höherer Art sowie persönliche Dienstleistungen höherer Art, die eine höhere Bildung erfordern) und die bloße Verwaltung eigenen Vermögens.“<sup>6</sup>*

Mit dieser Definition setzt das Bundesverwaltungsgericht eine Vielzahl von Abgrenzungsmerkmalen, die jeweils für sich und in ihrer Gesamtschau zu einem Ausschluss bestimmter Tätigkeiten aus dem Gewerbe führen. Jedem einzelnen Definitionsmerkmal ist dabei besondere Beachtung zu schenken.

Hierbei spielt es keine Rolle, ob eines der erforderlichen Merkmale nicht erfüllt oder eines der Ausschlusskriterien erfüllt wird, da ein Gewerbe nur dann vorliegt, wenn die gegenständliche Tätigkeit der vorgenannten Definition insgesamt entspricht. Nachfolgend sind daher die sieben seitens des Bundesverwaltungsgerichts aufgestellten Definitionsmerkmale in ihrer jeweiligen Abgrenzungswirkung zu beleuchten.

---

<sup>6</sup> Vgl. BVerwG, NJW 1977, 772.

### **5.1.2.1 Erlaubte und nicht sozial unwertige Tätigkeit**

Rechtswidrige Tätigkeiten sind als solche vom Gewerbebegriff ausgenommen. Wer sich bewusst außerhalb der Rechtsordnung stellt, soll nicht die Möglichkeit einer gewerblichen Tätigkeit eröffnet bekommen. Schwieriger ist in der praktischen Handhabung die Frage der sozialen Unwertigkeit, da diesem Begriff moralische und ethische Wertvorstellungen zugrunde liegen müssen. Aus diesem Grund ist die Frage einer sozialen Unwertigkeit mit höchster Zurückhaltung zu behandeln, sodass richtigerweise mindestens eine gesetzliche Wertung einem Unwerturteil zugrunde gelegt werden muss.<sup>7</sup>

### **5.1.2.2 Gewinnerzielungsabsicht**

Als weiteres positives Definitionsmerkmal für den Begriff des Gewerbes ist das Vorliegen einer Gewinnerzielungsabsicht erforderlich. Dieses Begriffsmerkmal ist wörtlich zu nehmen. Entscheidend ist nicht, dass faktisch ein Gewinn erzielt wird. Ausreichend ist die entsprechend tatsächlich verfolgte Absicht<sup>8</sup>. Folglich werden nur solche Tätigkeiten ausgeschlossen, die karitativ, gemeinnützig oder zur Verfolgung eines öffentlichen Zwecks dienen.<sup>9</sup> Entscheidend ist damit der der Tätigkeit zugrunde liegende Zweck. Außerhalb der vorgenannten Einschränkungen dürfte es daher in der Praxis schwerfallen, die Gewinnerzielungsabsicht abzulehnen.

### **5.1.2.3 Dauerhafte Tätigkeit**

Eine gewerbliche Tätigkeit muss zudem auf Dauer angelegt sein und somit nicht nur gelegentlich ausgeübt werden. Hierfür ist eine fortgesetzte oder wiederholte Tätigkeit notwendig. Einmalige geschäftliche Tätigkeiten unterfallen deshalb nicht dem Gewerbebegriff.<sup>10</sup> Veräußert eine Privatperson seine private Immobilie, liegt mithin keine gewerbliche Tätigkeit vor. Anders verhält es sich bei einem

---

<sup>7</sup> Zur Vertiefung siehe Fröhler/Kormann § 1 Rn. 7.

<sup>8</sup> Zur Vertiefung siehe Friauf § 1 Rn. 66 m.w.N.

<sup>9</sup> Siehe etwa BVerwG NVwZ 1999, 766.

<sup>10</sup> Vgl. Friauf, § 1 Rn. 66 m.w.N.

Immobilienmakler, der gleichfalls nur einen Vermittlungserfolg in einem Kalenderjahr erzielt, da dessen Tätigkeit fortgesetzt auf die Veräußerung oder Vermietung von Immobilien gerichtet ist.

#### **5.1.2.4 Selbstständigkeit**

Ferner muss eine selbstständige Tätigkeit vorliegen. Hierfür ist in Abgrenzung zu einer abhängigen Beschäftigung auf das Gesamtgepräge der Tätigkeit abzustellen. Eine gesetzliche Stütze findet sich insoweit in § 84 S. 2 HGB, wonach selbstständig ist, wer im Wesentlichen frei dem Inhalt, Ort und die Zeit seiner Tätigkeit bestimmt. Ein Gewerbebetreibender muss im eigenen Namen, auf eigene Rechnung und in eigener Verantwortlichkeit handeln.<sup>11</sup>

Soweit auf eine Gesamtschau der zu prüfenden Tätigkeit abzustellen ist, ist diese unter Berücksichtigung des Gesetzeszwecks der Gewerbeordnung vorzunehmen. Diese ist auf die Gefahrenabwehr ausgerichtet.<sup>12</sup> Insoweit ist folglich zu fragen, inwieweit mögliche Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Betracht kommen können.

#### **5.1.2.5 Urproduktion, freier Beruf und Verwaltung eigenen Vermögens**

Liegen die vorgenannten positiven Merkmale einer dauerhaften, selbstständigen, erlaubten Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht vor, ist abschließend zu prüfen, ob ein Ausschlussmerkmal erfüllt ist. Eine gewerbliche Tätigkeit ist nicht gegeben, wenn eine Urproduktion, ein freier Beruf oder die Verwaltung des eigenen Vermögens durchgeführt wird.

---

<sup>11</sup> Zur Vertiefung siehe Friauf, § 1 Rn. 103 ff. m.w.N.

<sup>12</sup> Vgl. BVerwG NJW 1977, 772.

### a) Urproduktion

Urproduktion ist die Gewinnung von Naturerzeugnissen im Rohzustand. Damit unterfallen land- und forstwirtschaftliche Tätigkeiten nicht dem Gewerbebegriff. Darüber hinaus ist auf § 6 Abs. 1 GewO abzustellen. Dieser nicht abschließenden Aufzählung werden exemplarisch weitere urproduktive Tätigkeiten hinzugefügt, die etwa auch die Fischerei, das Bergwesen oder den Weinbau umfassen.

Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich bei der Frage, bis zu welchem Stadium noch von einer Gewinnung von Roherzeugnissen auszugehen ist bzw. ab wann bereits eine (gewerbliche) Weiterverarbeitung stattfindet. Naturgemäß werden Roherzeugnisse nicht nur als solche veräußert, sondern auch bearbeitet, aufbereitet und weiterverarbeitet. Soweit dies nur in kleinen Mengen erfolgt, liegt noch kein Gewerbe vor. Sobald jedoch die nächste Stufe des Verarbeitungsprozesses der Roherzeugnisse der eigentliche Geschäftszweck wird, liegt eine gewerbliche Tätigkeit vor. Folglich kann der Landwirt geringe Mengen seiner Milch für eine hofeigene Käserei weiterverarbeiten, ohne insoweit Gewerbebetreibender zu sein. Eine Käserei als nächste Verarbeitungsstufe, die eingekaufte Milch weiterverarbeitet und als Käse u.a. vertreibt, betreibt dagegen keine Urproduktion mehr, sondern ist gewerblich tätig.

### b) Freie Berufe

Das zweite Ausschlusskriterium ist die Ausübung eines freien Berufes. Ein freier Beruf ist die selbstständig ausgeübte wissenschaftliche, schriftstellerische, künstlerische oder sonstige Tätigkeit höherer Art<sup>13</sup> oder die Erbringung persönlicher Dienstleistungen höherer Art. Eine gesetzliche Definition existiert hierzu nicht.

Weiterführend sind jedoch die exemplarischen Ausführungen in § 6 GewO. Danach fallen zahlreiche dort aufgeführte Berufe unter das Merkmal des freien Berufs wie etwa Steuerberater, Rechtsanwälte oder Ärzte.

---

<sup>13</sup> Vgl. Friauf, § 1 Rn. 169 ff. m.w.N.

Zudem ist auf die Legaldefinition des § 1 Abs. 2 Satz 1 Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG) zurückzugreifen. Danach sind freie Berufe solche, die

*„im Allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt haben.“*

Diese Regelung konkretisiert die erste genannte grundsätzliche Definition. Schwierigkeiten bereitet jedoch die Frage, wann eine solche Tätigkeit höherer Art vorliegt. Ein wesentliches Indiz dafür ist das Vorliegen eines Hochschulstudiums als Voraussetzung. Dies dürfte jedoch kein notwendiges Kriterium sein. So kann etwa eine künstlerische Tätigkeit genauso freiberuflich sein wie eine beratende Tätigkeit im rechtswissenschaftlichen Bereich, obwohl der Künstler möglicherweise ein rein autodidaktisch erworbenes Wissen hat.<sup>14</sup> Das Vornehmen einer Differenzierung nach dem primären inneren Zweck (Gewinnstreben vs. eigenverantwortliche, durch höhere Bildung gekennzeichnete Dienstleistung) dürfte einem überkommenden Gesellschaftsverständnis entspringen und folglich nicht (mehr) zielführend sein.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Zum Merkmal einer Tätigkeit höherer Art siehe OVG Münster, NVWZ – RR 2001, 737. Der dort angelegte Maßstab einer höheren Bildung, insbesondere eines abgeschlossenen Hochschulstudiums, dürfte zu eng gefasst sein.

<sup>15</sup> Vgl. dazu Friauf, § 1 Rn. 170, a.A. Stober/Eisenmenger 15.

### c) Verwaltung eigenen Vermögens

Schließlich liegt eine gewerbliche Tätigkeit auch dann nicht vor, wenn es nur um die Verwaltung eigenen Vermögens geht. Damit soll diejenige Privatperson aus dem Gewerbebegriff herausgenommen werden, die aktiv eigene Immobilien bewirtschaftet und vermietet oder etwa eigene Wertpapiere handelt. Insoweit geht die Rechtsprechung davon aus, dass derartige Tätigkeiten nur nebenbei erfolgen und nicht einer nachhaltigen, auf Gewinnstreben ausgerichteten Tätigkeit entsprechen.<sup>16</sup> Der gewerbeordnungsrechtliche Gesetzeszweck der Gefahrenabwehr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung gebietet die Überwachung der Verwaltung eigenen Vermögens in der o.g. Form gerade nicht.<sup>17</sup>

Abgrenzungsschwierigkeiten treten dann auf, wenn Vermögensverwaltung eine Größenordnung annimmt, die einer vergleichbaren Vollzeittätigkeit entspricht. Dies dürfte spätestens dann der Fall sein, wenn die Vermögensverwaltung mittels gesellschaftsrechtlicher Konstruktionen erfolgt.<sup>18</sup>

Sollte keines der vorgenannten Ausschlusskriterien greifen, liegt folglich nach einer entsprechenden Feststellung der vier positiven Kriterien eine gewerbliche Tätigkeit vor, wodurch der Anwendungsbereich der GewO eröffnet ist.

### 5.1.3 Gewerbefreiheit

Gemäß § 1 GewO geht der Gesetzgeber vom Prinzip der Gewerbefreiheit aus. Nach dieser Norm wird die Gewerbefreiheit zunächst umfassend für jedermann gesetzlich gewährleistet. Damit bringt der Gesetzgeber zum Ausdruck, dass er ohne Ansehung der Person die Betätigung als Gewerbebetreibender als solche goutiert. Dem liegt eine entsprechende Wertung zugrunde. Diese hat tiefe historische Wurzeln, die im Kern auf das 18. Jahrhundert zurückgreifen und die Entkoppelung von privatwirtschaftlicher Betätigung von staatlichen Eingriffen zum Gegenstand haben.<sup>19</sup> In der heutigen marktwirtschaftlich geprägten Wirtschafts-

---

<sup>16</sup> Vgl. BVerwG NVWZ 1993, 775.

<sup>17</sup> Vgl. BVerwG NVWZ 1993, 775.

<sup>18</sup> Vgl. BVerwG GewArch 1973, 265; zur Abgrenzung siehe auch BVerwG NJW 1977, 772.

<sup>19</sup> Zur Vertiefung siehe Schmidt-Aßmann/Schoch RN. 6 m.w.N.

ordnung besteht die gesellschaftliche Grundüberzeugung, dass der Staat privatwirtschaftliche Unternehmungen nur insoweit beschränken darf, als dies vor dem Hintergrund übergeordneter Rechtsgüter erforderlich und verhältnismäßig ist.

So formuliert § 1 GewO dann auch keine einschränkungslose Gewerbefreiheit, sondern schränkt diese sogleich durch die Möglichkeit gesetzlicher Ausnahmen oder Beschränkungen wieder ein.

Entgegen dem Wortlaut des § 1 GewO erfolgen derartige Ausnahmen und Beschränkungen nicht nur durch die GewO selbst, sondern auch durch zahlreiche gewerberechtliche Spezialgesetze. Insoweit wird auf die oben bereits dargelegte Binnendifferenzierung zwischen der GewO als genereller Norm und den vorrangigen Spezialgesetzen, wie z.B. Gaststättengesetz, Handwerksordnung o.ä., verwiesen.

Mit dieser Regelungssystematik ist die Gewerbefreiheit die gesetzliche Umsetzung der verfassungsrechtlich normierten umfassenden Berufsfreiheit des Art. 12 GG. Zwar ist, wie oben ausgeführt, nicht jeder Beruf auch ein Gewerbe; jede gewerbliche Tätigkeit unterfällt aber dem Berufsbegriff des Artikel 12 Abs. 1 GG. Folglich ist jede Einschränkung der Gewerbefreiheit im Lichte der Berufsfreiheit zu prüfen. Soweit also ein Eingriff in die grundgesetzliche Berufsfreiheit gewerberechtlich erfolgt, ist inzident die Rechtfertigung des damit verbundenen Grundrechtseingriffs zu prüfen.

#### **5.1.4 Gewerbearten**

Ist der Anwendungsbereich der GewO nach den o.g. getroffenen Feststellungen zum Vorliegen eines Gewerbes eröffnet, so ist für die korrekte Anwendung der gewerberechtlichen Regelungen zwischen drei Unterarten von Gewerben zu unterscheiden.

Die GewO differenziert stehendes Gewerbe, Reisegewerbe sowie Messen, Ausstellungen und Märkte. Alle drei Gewerbearten werden mit unterschiedlichen rechtlichen Regelungen versehen, sodass diese für den Anwender gewerberechtlicher Fragestellungen voneinander abgegrenzt werden müssen.

#### 5.1.4.1 Stehendes Gewerbe

Das stehende Gewerbe ist in den §§ 14 ff. GewO geregelt. Eine Legaldefinition des stehenden Gewerbes findet sich im Gesetz nicht. Als stehendes Gewerbe sind diejenigen gewerblichen Tätigkeiten zu bezeichnen, die in Abgrenzung zum Reisegewerbe von einem Sitz oder einer Niederlassung heraus erbracht werden. Dies ergibt sich aus einer Negativauslegung des Reisegewerbes nach § 55 GewO. Insoweit gilt, dass dasjenige Gewerbe, das nicht Reisegewerbe ist, unter den Grundbegriff des stehenden Gewerbes fällt.

#### 5.1.4.2 Reisegewerbe

Wie bereits ausgeführt, wird das Reisegewerbe in § 55 Abs. 1 GewO legal definiert. Danach ist Reisegerwerbtreibender, wer „*gewerbsmäßig ohne vorhergehende Bestellung außerhalb seiner gewerblichen Niederlassung oder eine solche zu haben*“ eine der in § 55 Abs. 1 Nr. 1,2 GewO bezeichneten Tätigkeiten ausübt.

In Konkretisierung dieser Definition ist darauf zu achten, dass nach § 4 Abs. 3 GewO die Tätigkeit nur dann außerhalb einer gewerblichen Niederlassung erfolgt, wenn nicht „*eine selbstständige gewerbsmäßige Tätigkeit auf unbestimmte Zeit und mittels einer festen Einrichtung von dieser aus tatsächlich ausgeübt wird*“. Von hoher praktischer Relevanz ist das Abgrenzungsmerkmal der vorherigen Bestellung. So werden sehr häufig gewerbliche Tätigkeiten außerhalb von Sitz und Niederlassung eines Gewerbebetreibenden erbracht, da z.B. eine bestimmte Dienstleistung oder Warenlieferung am Orte des Kunden oder einer anderen Stelle erbracht wird. In diesen Fällen ist der gewerblichen Leistungserbringung regelmäßig eine vorherige Bestellung vorausgegangen. Ein Reisegewerbe liegt jedoch nur vor, wenn keinerlei Aufforderung zur Leistungserbringung gegenüber dem Gewerbebetreibenden vorausgegangen ist.<sup>20</sup> Wesentliches Abgrenzungsmerkmal ist deshalb die Frage, ob die Initiative zur Erbringung einer gewerblichen Leistung außerhalb von Sitz oder Niederlassung des Gewerbebetreibenden von diesem oder dem Kunden ausgegangen ist.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Instrukтив VGH Mannheim NVWZ – RR 1997, 702.

<sup>21</sup> Vgl. BVerfG, NVWZ 2001, 189.

### **5.1.4.3 Marktgewerbe**

Als Marktgewerbe werden die in den §§ 64 ff. GewO geregelten Messen, Ausstellungen und Märkte bezeichnet. Dieses Marktgewerbe ist streng vom Reisegewerbe zu unterscheiden und stellt in Erweiterung des Grundprinzips der Gewerbefreiheit auf eine gesetzlich intendierte Marktfreiheit ab. Der Gesetzgeber unterscheidet zwar nach den §§ 64 ff. GewO unterschiedliche Märkte sowie Messen und Ausstellungen. Allen Marktgewerben ist jedoch gemein, dass von einer Vielzahl von Gewerbetreibenden ausgegangen wird. Zudem umfasst das Marktgewerbe nur öffentlich-rechtliche Veranstaltungen, die nach § 69 GewO entsprechend festgesetzt sind. Eine private Marktveranstaltung unterfällt dem Marktgewerbebegriff dagegen nicht. Für diese gelten die Regelungen zum stehenden Gewerbe (soweit nicht ausnahmsweise eine reisegewerbliche Tätigkeit vorliegt).

### **5.1.5 Gewerbeüberwachung**

Unter Berücksichtigung der vorgenannten unterschiedlichen Gewerbearten, normiert die Gewerbeordnung ein differenziertes Überwachungssystem. Ausgehend von den o.g. Grundsatz der Gewerbefreiheit, stehen dem Staat gleichwohl gewerberechtliche Überwachungsmaßnahmen zur Verfügung, mit denen das gesetzliche Ziel der Gefahrenabwehr erreicht werden soll. Je nach Gewerbeart ist entweder lediglich eine Anzeige der Tätigkeit, oder aber eine vorherige Erlaubnis erforderlich.

In jedem Fall besteht jedoch nachgelagert die Möglichkeit einer Untersagung der Gewerbeausübung.

#### **5.1.5.1 Anzeige- oder Genehmigungspflicht**

Ausgangspunkt der Gewerbeordnungsrechtlichen Regelungen ist die Anzeigepflicht nach § 14 GewO. Danach hat der Betreiber eines stehenden Gewerbes eine entsprechende Anzeige bei der zuständigen Behörde (Gewerbeaufsichtsamt o.ä.) zu tätigen. Einer weitergehenden Genehmigung oder anderweitigen behördlichen Mitwirkungshandlung bedarf es für den Betrieb eines stehenden Gewerbes nicht.

Anders verhält es sich nur, wenn für das stehende Gewerbe ausnahmsweise aufgrund der Art der Tätigkeit eine gesonderte Genehmigung aus der GewO oder einem Spezialgesetz erforderlich ist. In diesen Fällen würde nach § 15 Abs. 2 Satz 1 GewO die Behörde eine Ermächtigungsgrundlage zur Verhinderung der Fortsetzung des erlaubnispflichtigen Gewerbes haben.

Anders liegen die Dinge bei der Ausübung eines Reisegewerbes. Hierfür verlangt § 55 GewO die Beantragung einer Reisegewerbekarte. Dies meint nichts anderes als die Erteilung einer vorherigen behördlichen Genehmigung für die Ausübung eines Reisegewerbes. Der Gesetzgeber legt folglich an die Ausübung eines Reisegewerbes ein höheres Maß an Überwachungsichte. Hintergrund dieser Wertentscheidung ist die gesetzgeberische Überlegung, dass dem Betreiber eines Reisegewerbes potentiell die Stetigkeit und damit die dauerhaft Greif- und Erreichbarkeit fehlen könnte, weshalb ein strengerer Prüfungsmaßstab zum Schutze der öffentlichen Sicherheit und Ordnung erforderlich sei.

§ 55 GewO begründet rechtstechnisch ein präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, wobei als Grund für die Versagung oder den nachträglichen Entzug einer Reisegewerbekarte nach § 57 GewO einzig das Fehlen der sogenannten Zuverlässigkeit in Betracht kommt. Aufgrund der in weiteren zusammenhängenden Bedeutung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs wird die inhaltliche Ausgestaltung der Zuverlässigkeit sogleich gesondert darzustellen sein.

### **5.1.5.2 Untersagungsbefugnis**

Von grundlegender Bedeutung für die Überwachung des nur anzeigepflichtigen stehenden Gewerbes ist die Generalklausel des § 35 GewO. Diese beinhaltet eine allgemeine Ermächtigung für die Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit.<sup>22</sup> Wird eine Gewerbeuntersagung ausgesprochen, geschieht dies durch Verwaltungsakt nach § 35 VwVfG. Gegen eine solche Untersagung müsste sich der Betroffene ggfs. rechtmittelförmig erwehren. Soweit dies nicht erfolgt ist oder erfolglos war, bliebe dem Betroffenen bei einer zu einem späteren Zeitpunkt eintretenden Änderung der Umstände nur die Stellung eines Wiedererteilungsantrages bei der zuständigen Behörde.

---

<sup>22</sup> Vgl. BVerwG 9, 222.

Maßstab für die Ausübung der behördlichen Eingriffsbefugnis ist dabei stets die Frage der Unzuverlässigkeit des Gewerbebetreibenden, die zur Abwehr von drohenden Gefahren oder Nachteilen zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb beschäftigten erforderlich ist.<sup>23</sup>

Eine auszusprechende Untersagung muss schließlich geeignet, erforderlich und verhältnismäßig im Hinblick auf das zu erreichende Ziel und den Eingriff in die Rechtsposition des Gewerbebetreibenden sein.

### 5.1.5.3 Zuverlässigkeit

Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, ist der unbestimmte Rechtsbegriff der Unzuverlässigkeit der zentrale Dreh- und Angelpunkt für behördliche Eingriffsbefugnisse. Eine Legaldefinition findet sich in der GewO oder an anderer Stelle gleichwohl nicht, sodass es Sache der Rechtsprechung war und ist, im Wege der Auslegung die erforderliche Konturierung vorzunehmen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts liegt eine Unzuverlässigkeit des Gewerbebetreibenden vor, wenn dieser nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr für eine ordnungsgemäße Ausübung seines Gewerbes bietet.<sup>24</sup> Diese noch immer sehr abstrakt-generelle Definition ist nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalles zu gebrauchen. Dabei ist insbesondere auf die Eigenarten des konkret zu prüfenden Gewerbes einzugehen, sodass die für das jeweilige Gewerbe spezifizierten Anforderungen in besonderer Art und Weise zu berücksichtigen sind.<sup>25</sup>

Vor diesem Hintergrund liegt eine Unzuverlässigkeit dann vor, wenn der Gewerbebetreibende hartnäckig und erheblich die für seine Betriebsführung maßgeblichen gesetzlichen Verpflichtung verletzt oder in der genannten Form den allgemeinen Strafgesetzen zuwiderhandelt. Insbesondere bei der Würdigung von strafrechtlichen Verfehlungen, die nicht direkt gewerbebezogen sind, muss die Gewerbeaufsicht nach § 35 Abs. 3 GewO eine eigenständige Würdigung des Geschehens vornehmen.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> Instrukтив BVerfGE 111,10.

<sup>24</sup> Vgl. BVerwG 65,1.

<sup>25</sup> Vgl. BVerwG 36,288.

<sup>26</sup> Vgl. BVerwG GewArch 1991, 195.

Die Gewerbeaufsichtsbehörde muss daher stets im Einzelfall eine Gesamtabwägung durchführen, an deren Ende eine Unzuverlässigkeit nur dann festgestellt werden kann, wenn nach dem zu beurteilenden bisherigen Verhalten des Gewerbebetreibenden damit zu rechnen ist, dass dieser *„im Zusammenhang mit seiner gewerblichen Tätigkeit die öffentliche Sicherheit und Ordnung verletzen und dadurch eine Gefährdung von Rechtsgütern der Allgemeinheit oder einzelner herbeiführen“* wird.<sup>27</sup>

#### **5.1.5.4 Festsetzung und Durchführung von Marktgewerbe**

Unabhängig davon, ob ein stehendes oder ein Reisegewerbe nach den o.g. Grundsätzen betrieben wird, kann dieses auch im Rahmen eines sogenannten Marktgewerbes erfolgen. Wird das Marktgewerbe öffentlich-rechtlich festgesetzt, erfolgt sowohl die Festsetzung als auch die Möglichkeit zur Teilnahme an der festgesetzten Veranstaltung im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Verfahrens.

Nach § 69 Abs. 1 S. 1 GewO hat die zuständige Behörde auf Antrag des Veranstalters eine Veranstaltung nach den §§ 64 ff. GewO nach Gegenstand, Zeit, Öffnungszeiten und Platz für jeden Fall der Durchführung festzusetzen. Die Behörde setzt folglich einen zeitlichen, örtlichen und inhaltlichen Rahmen für die Durchführung eines Marktgewerbes.

Prüfungsmaßstab dafür, ob die Festsetzung wie beantragt erfolgt, ist wiederum die Frage der Zuverlässigkeit des Antragstellers nach § 69a Abs. 1 GewO, wobei auch die Möglichkeit besteht, dass die Festsetzung mit Auflagen nach § 69a Abs. 2 GewO versehen wird. Diese Möglichkeit der Auflagenerteilung ist seitens der Behörde als milderer Mittel im Verhältnis zu einer Versagung der Festsetzung zu wählen, wenn damit mögliche Gefährdungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in gleicher Weise vermieden werden können. So werden in der Praxis regelmäßig Auflagen hinsichtlich der beantragten zeitlichen und örtlichen Festsetzung bis hin zu erheblichen Sicherheitsanforderungen erteilt.

---

<sup>27</sup> Siehe ausführlich BVerwG 36, 288 m.w.N.

Ist eine Festsetzung (unter Auflagen) erteilt, folgen daraus die sogenannten Marktprivilegien, die etwa in der grundsätzlichen Befreiung von den ansonsten geltenden Arbeitszeitregelungen in Bezug auf Sonn- und Feiertagsbeschäftigung oder Ladenschlusszeiten liegen.

Im Rahmen der festgesetzten Veranstaltung besteht sodann ein entsprechendes Teilnahmerecht für jedermann. Nach § 70 GewO hat jedermann, der dem Teilnehmerkreis der festgesetzten Veranstaltung angehört, nach Maßgabe der für alle Veranstaltungsteilnehmenden geltenden Bestimmungen ein Recht zur Teilnahme an der Veranstaltung. Ein Ausschluss von der Teilnahme kann durch den Veranstalter nur aus sachlich gerechtfertigten Gründen erfolgen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der zur Verfügung stehende Platz nicht ausreicht.

Daraus folgt für den Veranstalter eines festgesetzten Marktgewerbes bei der Auswahl der zuzulassenden Gewerbebetreibenden ein weiter Spielraum, welcher in der Praxis nicht selten durch eine wiederholte Vergabe an Teilnehmende nach dem Grundsatz „*bekannt und bewehrt*“ erfolgt. Eine solche Praxis widerspricht dem Gedanken der Freiheit des Marktzuganges nach § 70 GewO und ist daher rechtswidrig.

Der Veranstalter muss eine ermessensfehlerfreie Auswahl durchführen, sodass Auswahlkriterien zugrunde zu legen sind, die dem gesetzgeberischen Ziel der Freiheit des Marktzuganges nicht widersprechen.<sup>28</sup> Die GewO selber konkretisiert die zu treffende Auswahlentscheidung nicht weiter. Bei der Frage der Beurteilung einer Auswahlentscheidung des Veranstalters sind daher die Rechtspositionen eines Bewerbers und des Veranstalters gegenüber zu stellen. Ein Bewerber für die Teilnahme an einem Marktgewerbe kann sich regelmäßig auf seine Berufsausübungsfreiheit nach Artikel 12 Abs. 1 GG berufen und für den Fall einer vermeintlichen Ungleichbehandlung gegenüber anderen Bewerbern den allgemeinen Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG ins Feld führen. Will der Veranstalter bestimmte Beschränkungen bei der Teilnahme durchsetzen, müssen diese folglich abstrakt-generell formuliert sein.

---

<sup>28</sup> Vgl. BVerwG NVWZ 1984, 585.

Der Veranstalter kann daher das Kriterium „*bekannt und bewehrt*“ aus Gründen der Veranstaltungskontinuität nur für einen Teil der Marktgewerbebetreibenden anwenden und muss dieses mit weiteren Kriterien, wie etwa Attraktivität des Angebots, regelmäßigem Wechsel eines Teils der Teilnehmenden oder einem Losverfahren, kombinieren. Andernfalls hätte es der Veranstalter in der Hand, das festgesetzte Marktgewerbe über einen unbegrenzten Zeitraum mit einem geschlossenen Kreis von Teilnehmenden zu betreiben.<sup>29</sup>

Ein abgelehnter Teilnehmender für ein festgesetztes Marktgewerbe kann den Verwaltungsrechtsweg gegen die Ablehnungsentscheidung beschreiten, da durch die Festsetzung eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt und in der Ablehnung ein belastender Verwaltungsakt vorliegt, vergleiche die §§ 40 Abs. 1, 42 VwGO.

---

<sup>29</sup> Vgl. BVerwG NVWZ 1984, 585.

**Fallbeispiel****Sachverhalt:**

Arthur (A) betreibt einen Gebrauchtwagenhandel in Bremen. Der Erfolg ist leider ausgesprochen überschaubar.

Um seiner Erfolglosigkeit entgegenzuwirken, hat er eine tolle Idee. Fortan kauft er schrottreife Unfallfahrzeuge und repariert diese technisch äußerst notdürftig, um gerade noch auf den Stand der Fahrtüchtigkeit zu kommen. Das Äußere wird allerdings auf das Feinste hergerichtet, um die KFZ letztendlich teuer wieder an den Mann zu bringen. Dabei unterlässt es A, seine Kunden darüber aufzuklären, dass die von ihnen gekauften Fahrzeuge schwerwiegend vorbelastet sind. Um der kaufrechtlichen Gewährleistung zu entgehen, lässt er seine Käufer stets unterschreiben, dass sie als Unternehmer kaufen.

Nachdem es aufgrund der nicht verkehrssicheren Fahrzeuge immer wieder zu Sach- und sogar Personenschäden gekommen ist, leitet die Staatsanwaltschaft Bremen schließlich ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren gegen A ein. Noch bevor es zu einem Abschluss der Ermittlungen gekommen ist, untersagt die zuständige Behörde nach vorangegangener ausführlicher Diskussion mit A die Fortführung seines Gewerbes schriftlich.

Als Begründung wird angeführt, dass A sich aufgrund seiner kriminellen Machenschaften als unzuverlässig erwiesen habe. Eine Untersagung sei zum Schutze der Allgemeinheit dringend erforderlich. A behauptet hingegen, die Untersagung sei nicht rechtmäßig. Er begründet dies damit, dass die Untersagung die Vernichtung seines Gewerbes zur Folge hätte und ihm damit die Möglichkeit nehme, seinen Beruf auszuüben. Auch müsse die Behörde das Ergebnis des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens abwarten. Die Untersagung sei daher unverhältnismäßig.

**Fallfrage:** War die Untersagung tatsächlich rechtswidrig?

**Falllösung:** Fraglich ist, ob die von der Behörde erlassene Untersagungsverfügung gegen A rechtmäßig war.

### **I. Ermächtigungsgrundlage**

Es müsste eine Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Untersagungsverfügung vorhanden gewesen sein. In Betracht kommt hier § 35 I 1 GewO. § 35 I 1 GewO ermächtigt zur Untersagung einer Gewerbeausübung im Falle der Unzuverlässigkeit des Gewerbebetreibenden oder einer von ihm mit der Leitung des Gewerbebetriebs beauftragten Person. Genau dies ist hier der Gegenstand der Untersagungsverfügung. Mithin kommt § 35 I S. 1 GewO vorliegend als Ermächtigungsgrundlage für die Behörde in Betracht.

### **II. Formelle Rechtmäßigkeit**

Die Gewerbeuntersagung müsste formell rechtmäßig gewesen sein. Formelle Rechtmäßigkeit setzt voraus, dass die Verfügung von der zuständigen Behörde ohne Verfahrens- oder Formfehler erlassen wurde. Vorliegend wurde die Untersagungsverfügung von der zuständigen Behörde erlassen. Verfahrensfehler sind nicht ersichtlich.

Insbesondere fand durch die vorangegangene Diskussion mit A eine Anhörung i.S.v. § 28 I VwVfG statt. Da die Verfügung zudem schriftlich und mit entsprechender Begründung erlassen wurde, kann auch das Vorliegen von Formfehlern gem. § 39 VwVfG verneint werden. Folglich war die Untersagungsverfügung formell rechtmäßig.

### **III. Materielle Rechtmäßigkeit**

Darüber hinaus müsste die Verfügung auch materiell rechtmäßig gewesen sein.

Dazu müssten die Tatbestandsvoraussetzungen des § 35 I 1 GewO erfüllt sein. Gewerbeuntersagungen sind demnach nur zulässig, wenn konkrete Tatsachen hinsichtlich der Unzuverlässigkeit des Gewerbebetreibenden in Bezug auf dessen Gewerbe vorliegen und die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten geeignet und erforderlich ist.

Es müsste sich bei dem von A betriebenen Gebrauchtwagenhandel zunächst um ein Gewerbe im Sinne der GewO handeln. Danach ist ein Gewerbe eine wirtschaftliche Tätigkeit, die auf eigene Rechnung, in eigener Verantwortung sowie mit der Absicht ausgeübt wird, dauerhaft damit Gewinn zu erzielen. Dies ist bei A der Fall. Er will dauerhaft Gewinne mit seiner selbstständigen Tätigkeit als Autohändler erzielen. Mangels weiterer entgegenstehender Sachverhaltsangaben ist davon auszugehen, dass es sich bei dem von A betriebenen Gebrauchtwagenhandel auch um ein Gewerbe im Sinne der GewO handelt. Es müssten ferner konkrete Tatsachen vorliegen, die zur Unzuverlässigkeit des A in Bezug auf sein Gewerbe führen. Konkrete Tatsachen i.S.v. § 35 I 1 GewO sind etwas Geschehenes oder Bestehendes, das in die Wirklichkeit getreten und damit dem Beweis zugänglich ist. Die Anforderungen an die Zuverlässigkeit lassen sich hingegen nicht pauschalisieren. Vielmehr ist hierbei auf die Eigenart des konkret betriebenen Gewerbes abzustellen. Anhaltspunkte für eine Zuverlässigkeitsprognose können im Übrigen jedoch insbesondere das bisherige Verhalten des Gewerbebetreibenden sein.

Vorliegend täuscht A seine Kunden systematisch, indem er ihnen die erheblichen Sicherheitsmängel der von ihnen gekauften Fahrzeuge vorsätzlich verschweigt und sie zudem formal und unzutreffender Weise als Unternehmer handeln lässt. Nach der Verkehrsanschauung stellt dies eine nicht ordnungsgemäße Geschäftspraxis eines Gebrauchtwagenhändlers dar. Ob dies sogar strafbar ist, kann dahinstehen. Die Strafbarkeit einer Geschäftspraxis ist zwar ein starkes Indiz hinsichtlich der Unzuverlässigkeit eines Gewerbebetreibenden, allerdings nicht deren Voraussetzung.

Das Abwarten der Ermittlungsergebnisse der Staatsanwaltschaft ist folglich nicht erforderlich. Mithin liegen konkrete Tatsachen vor, die zur Unzuverlässigkeit des A in Bezug auf sein Gewerbe führen. Darüber hinaus müsste die Untersagungsverfügung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten geeignet und erforderlich gewesen sein. In Betracht kommt vorliegend eine Untersagungsverfügung zum Schutze der Allgemeinheit. Geeignet ist eine Verfügung, wenn sie den Schutz der Allgemeinheit zumindest fördert. Erforderlich ist sie hingegen, wenn es keine milderen Mittel gibt, die denselben Schutz mit gleicher Sicherheit erzielen. Hier führt die Gewerbeuntersagung dazu, dass der A seinen potentiellen Kunden keine Fahrzeuge mit erheblichen Sicherheitsmängeln mehr verkaufen darf. Mildere Mittel, welche

mit gleicher Sicherheit dieselbe Wirkung versprechen, sind derweil nicht ersichtlich. Folglich war die Unterlassungsverfügung zum Schutze der Allgemeinheit sowohl geeignet als auch erforderlich. Der Tatbestand der Ermächtigungsgrundlage § 35 I 1 GewO ist somit erfüllt.

Schließlich müsste die Untersagungsverfügung auch verhältnismäßig im engeren Sinn sein. Dies erfordert die Angemessenheit der gegenständlichen Gewerbeuntersagung. Eine Maßnahme ist jedenfalls dann angemessen, wenn der beabsichtigte Zweck nicht außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs steht. Vorliegend muss deshalb die Eigentumsfreiheit der Käufer sowie die Sicherheit bzw. die körperliche Unversehrtheit, Gesundheit und ggf. das Leben der Straßenverkehrsteilnehmenden gegen die Berufs- und Eigentumsfreiheit des A und dessen Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb abgewogen werden.

Die Ausübung der Berufs- und Eigentumsfreiheit sowie das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb wird für den A eingeschränkt. Er könnte jedoch einer unselbstständigen Tätigkeit nachgehen oder seine selbstständige Tätigkeit durch eine zuverlässige Person führen lassen. Dagegen wiegen die gefährdeten Rechtsgüter Gesundheit und Leben der Straßenverkehrsteilnehmenden schwer. Um deren Schutz zu gewährleisten, ist vom Straßenverkehr jedes nicht verkehrssichere KFZ auszuschließen. Dieser Schutz wird durch die Untersagung gewährleistet und überwiegt den Eingriff in die Rechtsgüter des A.

Die Gewerbeuntersagung war folglich angemessen und somit insgesamt materiell rechtmäßig.

**Ergebnis:** Die Untersagungsverfügung ist rechtmäßig.

**Wesentliche Paragraphen:**

§ 35 GewO

## 5.2 Exkurs: Handwerksrecht

Die vorgenannten Grundsätze zum Gewerberecht gelten nur soweit, wie nicht spezialgesetzliche Regelungen vorrangig anzuwenden sind. Je nach Art des ausgeübten Gewerbes gibt es zahlreiche Sondergesetze, die die Gewerbeordnung teilweise verdrängen.

Exemplarisch für das Verhältnis von Sondergewerberecht und der Gewerbeordnung wird nachfolgend das Handwerksrecht skizziert. Dabei werden insbesondere die Besonderheiten des Handwerksrechts hervorgehoben, damit der Unterschied zwischen den zumeist abstrakt-generellen Grundsatzregelungen der Gewerbeordnung und den Spezialnormen des Besonderen Gewerberechts verdeutlicht wird.

### 5.2.1 Definition

Das Handwerksrecht hat auf deutschem Boden eine Tradition, die weit über das Bestehen der Bundesrepublik Deutschland hinausreicht. Diese Sonderstellung des Handwerks findet ihre Ausprägung derzeit in der Handwerksordnung (HwO). Darin werden die handwerksrechtlichen Besonderheiten zur GewO normiert.

Nach § 1 Abs. 2 HwO ist ein Gewerbebetrieb ein Handwerksbetrieb, wenn er als stehendes Gewerbe eine der in der Anlage A zur HwO aufgeführten gewerblichen Tätigkeiten zum Gegenstand hat und wenn er handwerksmäßig ausgeübt wird. Die Handwerksliste als Bestandteil der HwO ist abschließend, sodass der Anwendungsbereich der HwO durch eine Ergänzung der Korrektur der Liste nur durch den Gesetzgeber erfolgen kann.<sup>30</sup> Durch diese abschließende Bestimmung des Anwendungsbereichs der HwO wird das Handwerk klar vom sonstigen Gewerbe abgegrenzt. Entscheidend bei Abgrenzungsfragen ist die handwerksmäßige Ausübung der Tätigkeit, die insbesondere im Vergleich zu rein industriellen Tätigkeiten eine Rolle spielt.<sup>31</sup>

In Abgrenzung zur handwerklichen Tätigkeit wird ein industriell ausgeübtes Gewerbe dadurch bestimmt, dass ein technisch geprägter Prozess vorliegt, der maschinelle Fertigungsbestandteile enthält. Die Fertigkeiten des Einzelnen treten

---

<sup>30</sup> Vgl. BVerwG GewArch 1994, 199.

<sup>31</sup> Instrukтив zur Abgrenzung zwischen Industrie und Handwerk vgl. VGH Baden-Württemberg GewArch 1993, 418.

hierbei regelmäßig hinter die Wirkung der maschinellen Mittel zurück. Inwieweit ein eher maschinell geprägter Arbeitsprozess oder eine durch die Fertigkeit des Personals bestimmte Tätigkeit vorliegt, ist daher ganz wesentlich von den Umständen des Einzelfalls abhängig. Abgrenzungsrelevant für die Fragen des Vorliegens eines Handwerksbetriebes sind Kriterien wie etwa eine eher geringe Arbeitsteilung sowie ein nur untergeordneter Maschinen- und Kapitaleinsatz und eine hohe fachliche Qualifikation des Personals, welche das Fertigungsergebnis bestimmt. Ein Abstellen auf die Betriebsgröße alleine ist dagegen nicht zielführend, sondern kann nur unterstützend im Hinblick auf die o.g. Kriterien herangezogen werden. Eine gute Auslegungshilfe liefert das Bundesverwaltungsgericht dahingehend, dass ein Handwerk nur so lange vorliegen kann, wie nicht durch den Einsatz von Maschinen oder anderen Hilfsmitteln, *„in handwerklicher Ausbildung geschulte Arbeitskräfte entbehrlich werden und gleichwohl ein einwandfreies Arbeitsergebnis zu erzielen ist“*<sup>32</sup>.

Auch ist zu beachten, dass handwerkliche Tätigkeiten in Mischformen mit sonstigen, nicht handwerklichen Tätigkeiten ausgeübt werden können. Ein solches Gewerbe wird nur dann dem Handwerk zugeordnet, wenn die handwerkliche Tätigkeit dem sonstigen Gewerbe übergeordnet werden kann. Insoweit ist insbesondere auf die Gewichtung der einzelnen handwerklichen und nicht handwerklichen Tätigkeiten abzustellen, sodass das Gesamtgepräge des Gewerbes beurteilt werden muss.

Ein zentrales Indiz für das Vorliegen eines Handwerks ist das Vorhandensein eines Handwerksmeisters, dessen persönliche Fertigkeiten bestimmend für den Fertigungserfolg sind.

### **5.2.2 Handwerksrolle**

Das Betreiben eines Handwerks bedarf nach den §§ 6 ff. HwO der Erteilung einer gewerblichen Erlaubnis. Diese erfolgt handwerksrechtlich Mittels der Eintragung in die sogenannte Handwerksrolle. Die Handwerksrolle ist ein von der jeweiligen Handwerkskammer geführtes Register aller selbstständigen Handwerker eines entsprechenden Bezirks. Eintragungsfähig, und daher Adressat der damit verbundenen Erlaubnis zum Betreiben eines Handwerks, ist die jeweilige Person

---

<sup>32</sup> Vgl. BVerwG E 17, 230; 233 bemüht auch das geflügelte Wort „Werk der Hände“.

des selbstständigen Handwerkers nach § 58 HwO. Es besteht jedoch auch die Möglichkeit, dass nicht der Betriebsinhaber selber den erforderlichen Meistertitel aufweist, sodass auch das Vorhalten eines entsprechend qualifizierten Betriebsleiters ausreichend ist.<sup>33</sup>

Grundsätzlich bedarf die Ausübung eines selbstständigen Handwerks der Meisterprüfung nach den §§ 45 ff. HwO. Durch die Ablegung der Meisterprüfung hat der Handwerker einen Befähigungsnachweis erlangt, wodurch das fachgerechte Ausüben des konkreten Handwerks gesichert ist. Inwieweit diese Berufszulassungsbeschränkung als Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG gerechtfertigt ist, muss fortlaufend vor dem Hintergrund einer sich wandelnden Berufswelt neu justiert werden. Derzeit sieht das Bundesverfassungsgericht den grundsätzlichen Meisterzwang noch als gerechtfertigt an.<sup>34</sup> Dies kann heute insbesondere deshalb nicht mehr uneingeschränkt überzeugen, da im Zuge der europäischen Harmonisierung von Berufsabschlüssen<sup>35</sup> höchst unterschiedliche Ausbildungsmodelle der einzelnen Mitgliedsstaaten der europäischen Union miteinander abgeglichen werden. Das vergleichsweise hohe Erfordernis einer Meisterprüfung als großen Befähigungsnachweis stellt innerhalb der Mitgliedsstaaten eine Ausnahme da, die wohl nur noch historisch zu erklären sein dürfte.<sup>36</sup> In die Richtung einer voraussetzungsschwächeren Ausübung handwerklicher Tätigkeiten tendiert der Gesetzgeber bereits im Rahmen von handwerksähnlichen Gewerben nach § 18 HwO. Dafür ist eine Eintragung in die Handwerksrolle und die damit verbundene Meisterprüfung nicht erforderlich. Insoweit führt die Handwerkskammer ein gesondertes Verzeichnis nach § 19 HwO i.V.m. Anlage D. Auch beinhaltet die HwO inzwischen zahlreiche Möglichkeiten für die Erteilung einer Ausnahmegenehmigung zur Eintragung in die Handwerksrolle. Nach den §§ 7 ff. HwO besteht die Möglichkeit, die Gleichwertigkeit einer vorhandenen Befähigung zum Meistertitel feststellen zu lassen, was auch durch langjährige, verantwortliche Gesellentätigkeiten nach § 7b Abs. HwO möglich sein kann. Ähnlich verhält es sich bei der Gleichsetzung handwerklicher Qualifikationen aus anderen Mitgliedsstaaten. Insoweit ist über Art. 12 Abs. 1 GG hinaus die Niederlassungs- und Dienstleistungs-

---

<sup>33</sup> Der Betriebsleiter muss in diesen Fällen indes auch tatsächlich verantwortlich tätig sein, siehe hierzu ausführlich BAG, GewArch 2009, 456

<sup>34</sup> Vgl. BVerfG JZ 2007, 354.

<sup>35</sup> Vgl. die Berufsanerkennungsrichtlinie 2005/36/EG.

<sup>36</sup> Anders dagegen Frotzcher/Kramer Rn. 539 f.

freiheit nach den Art. 49, 56 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) heranzuziehen. Da demnach die Hürden für eine Zulassung zu einer selbstständigen handwerklichen Tätigkeit in Deutschland nicht zu hoch angesetzt werden dürfen, wird die oben aufgestellte These zusätzlich untermauert.

### 5.2.3 Ausbildungsbefähigung

Mit Bestehen der Meisterprüfung erwirbt der Handwerker zugleich die Befähigung zur Ausbildung von Lehrlingen. Der Gesetzgeber legt hierbei großen Wert auf eine grundsätzlich einheitliche Handwerksausbildung nach den §§ 21 ff. HwO, überlässt dabei jedoch die jeweilige berufsbezogene Spezifikation den einzelnen Handwerkskammern bzw. Innungen nach den §§ 54 Abs. 1, 91 Abs. 1 HwO. Insbesondere die Festlegung der konkreten Ausbildungsinhalte sowie der prüfungsrelevanten theoretischen und praktischen Fertigkeiten ist daher im Kern der Zuständigkeit der berufsständischen Vertretungen zugewiesen.

### 5.2.4 Untersagungsbefugnis

Unabhängig von der Anzeigepflicht für das Betreiben eines stehenden Gewerbes nach § 14 GewO bedarf die Ausübung eines selbstständigen Handwerks der o.g. Genehmigung in Form der Eintragung in die Handwerksrolle. Bei Verstößen gegen dieses Genehmigungserfordernis besteht eine behördliche Untersagungsbefugnis nach § 16 Abs. 3 HwO.

Dieser lautet:

*„Wird der selbstständige Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks als stehendes Gewerbe entgegen den Vorschriften dieses Gesetzes ausgeübt, so kann die nach Landesrecht zuständige Behörde die Fortsetzung des Betriebs untersagen. Die Untersagung ist nur zulässig, wenn die Handwerkskammer und die Industrie- und Handelskammer zuvor angehört worden sind und in einer gemeinsamen Erklärung mitgeteilt haben, dass sie die Voraussetzungen einer Untersagung als gegeben ansehen.“*

Obwohl der zuständigen Behörde nach dem Gesetzeswortlaut ein Ermessen bei der Frage des Ausspruchs einer Untersagungsverfügung eingeräumt wird, besteht dieses bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen der Untersagungsbefugnis nahezu nicht, da die HwO ihrerseits – wie oben ausgeführt – abschließende Regelungen zur ausnahmsweisen Zulassung handwerklicher Tätigkeiten enthält. Für den Fall, dass es an den materiellen Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle fehlt und diese auch nicht ohne weiteres ausnahmsweise geschaffen werden können, ist das Ermessen der zuständigen Behörde auf null reduziert<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Ausführlich Frotscher/Kramer Rn.551 m.w.N.

**Fallbeispiel****Sachverhalt:**

Willi (W) ist ein alter Kumpel von Arthur. Auch er betreibt einen Gebrauchtwagenhandel, den er der Stadtverwaltung auch ordnungsgemäß angezeigt hat. Die Geschäfte wollen jedoch auch bei W nicht richtig laufen. Eines Tages lässt er deshalb einen Schuppen auf seinem Betriebsgelände errichten, um dort die angekauften Wagen wieder auf Vordermann zu bringen, bevor er sie anschließend wieder verkauft. Anders als Arthur geht W dabei jedoch sehr gewissenhaft vor.

Als immer mehr Bekannte und Freunde W dazu überreden, auch deren Fahrzeuge wieder in Schuss zu bringen, entscheidet W sich dazu, aus dem Schuppen eine funktionsfähige Kfz-Werkstatt zu machen. Da die Reparaturtätigkeiten sich prächtig entwickeln, stellt er seine beiden Bekannten Sigggi und Heinz in Vollzeit ein. Beide sind gelernte KFZ-Mechaniker und bereits gestandene Gesellen.

Nunmehr werden geschäftsmäßig Wagen aller Fabrikate repariert und gewartet.

W freut sich über einen immer größer werdenden Kundenstamm.

Als die Stadtverwaltung kurz darauf vom Treiben des W erfährt, entscheidet sich diese dazu, dem W die Fortsetzung des Werkstatt-Betriebes zu untersagen. Begründet wird die formell rechtmäßige Verfügung damit, dass W ein zulassungspflichtiges Handwerk ohne die erforderliche Eintragung in die Handwerksrolle betreibe. W ist hingegen der festen Überzeugung, dass die Werkstatt lediglich „Nebensache“ zum Gebrauchtwagenhandel sei und aufgrund dessen keiner Eintragung bedarf.

**Fallfrage:** Ist die Untersagungsverfügung rechtmäßig?

**Falllösung:** Fraglich ist, ob die von der Stadtverwaltung erlassene Untersagungsverfügung rechtmäßig ist.

### **I. Ermächtigungsgrundlage**

Zunächst müsste eine Ermächtigungsgrundlage hinsichtlich der Untersagung vorliegen. In Betracht kommt hier § 16 III S. 1 HwO als Spezialgesetz zu den Regelungen der GewO. Danach wird die zuständige Behörde dazu ermächtigt, die Fortsetzung eines selbstständigen Betriebes zu untersagen, falls der Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks als stehendes Gewerbe entgegen den Vorschriften der Handwerksordnung ausgeübt wird.

### **II. Formelle Rechtmäßigkeit**

Bezüglich der formellen Rechtmäßigkeit der Untersagungsverfügung bestehen keine Bedenken.

### **III. Materielle Rechtmäßigkeit**

Die Untersagung der Betriebsfortsetzung müsste aber auch materiell rechtmäßig gewesen sein. Dies ist dann der Fall, wenn die tatbestandlichen Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage gegeben waren und die Behörde verhältnismäßig und ermessensfehlerfrei gehandelt hat.

#### **1. Tatbestandliche Voraussetzungen**

Fraglich ist, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des § 16 III S. 1 HwO gegeben sind.

##### **a) Stehendes Gewerbe**

Bei der von W betriebenen Werkstatt müsste es sich um ein stehendes Gewerbe im Sinne der HwO handeln. Dabei gilt für die HwO grundsätzlich derselbe Gewerbebegriff wie für die GewO. Gewerbe meint demzufolge jede erlaubte, auf Gewinnerzielung gerichtete selbstständige Tätigkeit, die auf Dauer

angelegt ist. Ausnahmen zu diesem Gewerbebegriff werden im Handwerksrecht nur gemäß § 6 GewO vorgenommen. Diese sind hier ersichtlich nicht einschlägig. W betreibt seine Werkstatt dauerhaft, um damit zusätzliche Gewinne zu erzielen. Folglich liegt ein Gewerbe vor.

Ein stehendes Gewerbe ist jedes Gewerbe, das nicht Reise- oder Marktgewerbe ist. Die von W betriebene Kfz-Werkstatt wird ausschließlich an einem Ort als ständigem Betriebssitz betrieben, sodass sie auch stehendes Gewerbe darstellt.

### **b) Zulassungspflichtiges Handwerk**

Ferner setzt § 16 III S. 1 HwO den Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks voraus. Aus § 1 II S. 1 HwO ergibt sich, dass ein Gewerbebetrieb ein zulassungspflichtiges Handwerk ist, wenn er handwerksmäßig betrieben wird und zumindest im Wesentlichen ein Gewerbe beinhaltet, das in der Anlage A aufgeführt ist.

In Nr. 20 der Anlage A zur HwO wird das Gewerbe des Kfz-Technikers ausdrücklich als Handwerk angeführt. Die in der Werkstatt des W ausgeführten Reparatur- und Wartungsarbeiten gehören zur Kernarbeit eines Kfz-Technikers. Sie geben der Tätigkeit sogar ihr essentielles Gepräge. Dass W zwei ausgebildete Kfz-Techniker zum Betreiben seiner Werkstatt eingestellt hat, begründet zusätzlich, dass in dem Werkstattbetrieb die wesentliche Tätigkeit eines Kfz-Technikers ausgeübt wird. Auch die Handwerksmäßigkeit ist bei der von W betriebenen Werkstatt zu bejahen, da keinerlei industrielle oder anderweitig maschinenbasierte Tätigkeiten stattfinden, sondern die persönlichen Fertigkeiten im Vordergrund stehen. Folglich handelt es sich bei dem Betreiben der Werkstatt um ein zulassungspflichtiges Handwerk.

### **c) Vorliegen eines Neben- oder Hilfsbetrieb**

Der Werkstattbetrieb des W könnte aber ein nur unerheblicher Neben- oder Hilfsbetrieb i.S.v. § 2 Nr. 3 in Verbindung mit § 3 II, III HwO sein. Die Folge daraus wäre, dass die HwO keine Anwendung findet. Gemäß § 2 Nr. 3 HwO gelten die Vorschriften der HwO im Grundsatz nur dann für handwerkliche Nebenbetriebe, die insbesondere mit einem Unternehmen

eines zulassungspflichtigen Handels verbunden sind. Dies wäre hier der Fall, wenn ein Nebenbetrieb vorliegen würde.

Nach der Legaldefinition des § 3 I HwO liegt ein handwerklicher Nebenbetrieb dann vor, wenn Leistungen für Dritte handwerksmäßig bewirkt werden, es sei denn, eine solche Tätigkeit wird nur in unerheblichem Umfang ausgeübt oder es handelt sich um einen Hilfsbetrieb. Wie bereits ausgeführt, werden handwerksmäßige Leistungen bewirkt. Es kommt deshalb auf den Umfang an.

§ 3 II HwO erklärt, dass eine Tätigkeit unerheblich ist, wenn sie während eines Jahres die durchschnittliche Arbeitszeit eines ohne Hilfskräfte in Vollzeit arbeitenden Betriebes des betreffenden Handwerkszweiges nicht übersteigt.

Vorliegend wurden sogar zwei KFZ-Techniker eingestellt, die Autos von Kunden warten und reparieren. Der Werkstattbetrieb des W stellt mithin einen handwerklichen Nebenbetrieb i.S.v. § 2 Nr. 3 HwO dar. Durch die genannte Einstellung der X und V ist weiterhin die in § 3 II HwO normierte Unerheblichkeitsgrenze deutlich überschritten. Es könnte sich bei der Kfz-Werkstatt jedoch um einen Hilfsbetrieb handeln. Nach § 3 III HwO ist ein Hilfsbetrieb ein unselbstständiger, der wirtschaftlichen Zweckbestimmung des Hauptbetriebs dienender Betrieb. Die in der Werkstatt durchgeführten Arbeiten dienen aber nicht nur dem Hauptbetrieb, sondern erweitern das Leistungsspektrum umfangreich um handwerkliche Leistungen für Dritte. Das Vorliegen eines Hilfsbetriebes muss daher verneint werden.

Mithin stellt der Werkstattbetrieb des W keinen unerheblichen Neben- oder Hilfsbetrieb i.S.v. § 2 Nr. 3 in Verbindung mit § 3 II, III der HwO dar. Die Vorschriften der HwO finden mithin Anwendung.

#### **d) Verstoß gegen Vorschriften der HwO**

Der Werkstattbetrieb müsste auch gegen mindestens eine Vorschrift der HwO verstoßen haben.

Nach § 1 I in Verbindung mit § 6 HwO ist nur demjenigen der Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerkes erlaubt, der in der Handwerksrolle eingetragen ist.

Mangels Eintragung des W in der Handwerksrolle verstößt sein Werkstattbetrieb auch gegen Vorschriften der HwO.

## **2. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Ermessensfehler**

Für einen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sowie Ermessensfehler seitens der zuständigen Behörde sind keine Anhaltspunkte ersichtlich.

**Ergebnis:** Die Stadtverwaltung hat formell und materiell rechtmäßig die Untersagungsverfügung ausgesprochen. Die behördliche Untersagung der Fortsetzung des Werkstattbetriebes durch W ist insgesamt rechtmäßig.

### **Wesentliche Paragraphen:**

§§ 1, 2, 3, 6, 16 HwO

## 6 Wirtschaftsförderung

Ein weiterer Bestandteil des Wirtschaftsverwaltungsrechts ist das Recht der Wirtschaftsförderung. Vorliegend wird das Wirtschaftsförderungsrecht mit einem umfassenden Begriffsverständnis dargestellt, wobei die Begrifflichkeiten der Beihilfe und der Subventionen synonym zueinander und zur Wirtschaftsförderung verwendet werden.

Inhaltlich begriffsbestimmend ist für das hier zugrunde gelegte Verständnis das die o.g. Begrifflichkeiten verbindende Element der öffentlichen Zuwendung einer Leistung. Diese Leistung kann im Rahmen wirtschaftsfördernder staatlicher Tätigkeit sowohl in Geldleistungen als auch in jeder anderen Form eines Vorteils bestehen. Entscheidend ist die Zweckrichtung der staatlichen Leistung. Diese besteht in der Förderung eines einzelnen privatrechtlichen Unternehmers, einer Branche, einem regional abgrenzbaren Privatunternehmerkreis oder einem nach sonstigen Kriterien bestimmbar Kreis von Privatunternehmern. Nicht entscheidend ist die Art der Leistungsgewährung. Diese kann in der Praxis etwa in direkten Zuschüssen, vergünstigten Darlehen oder Gewerbegrundstücken, staatlichen Bürgschaften oder anderen Sicherungsrechten sowie aus sonstigen geldwerten Vorteilen bestehen.<sup>38</sup> Im hier verstandenen umfassenden Sinne gehören auch alle Formen staatlichen Einnahmeverzichtes, wie etwa Gebühren- oder Steuerbefreiungen, zur Wirtschaftsförderung soweit diese einzelfallbezogen gewährt werden.

### 6.1 Wirtschaftslenkung

Gewährt der Staat in der o.g. Form eine bestimmte Leistung, ist das für den Leistungsempfänger zunächst einmal eine aus dessen Sicht begrüßenswerte Besserstellung. Gleichzeitig können jedoch im Rahmen der Wirtschaftsförderung immer nur bestimmte Privatrechtssubjekte in einer bestimmten Art und Weise gefördert werden. Daraus resultiert die grundsätzliche Gefahr einer Ungleichbehandlung. Durch die Leistungsgewährung an einzelne Leistungsempfänger wird zudem stets in vorhandene Marktstrukturen eingegriffen. Beide Gesichtspunkte zusammengenommen lassen es daher als fraglich erscheinen, ob und inwieweit staatliche Wirtschaftsförderung tatsächlich positive Auswirkungen hat. Darüber

---

<sup>38</sup> Grundlegend dazu vgl. BVerwG 30, 211.

hinaus ist bei einer regionalen Wirtschaftsförderung (insbesondere durch Kommunen oder Bundesländer) im Bereich der jeweiligen Gebietskörperschaft die Auswirkung zu beobachten, dass sich auch insoweit ein Standortwettbewerb entwickelt. Ein solcher führt nicht nur wie die zuvor genannten Aspekte zu möglichen Wettbewerbsverzerrungen, sondern setzt aus gesamtstaatlicher Sicht auch einen ungesunden Standortwettbewerb in Gang. Dies gilt zumal dann, wenn Gebietskörperschaften sich durch Leistungsgewährungen im Rahmen der jeweils eigenen Wirtschaftsförderung fortlaufend wechselseitig unterbieten.

Vor diesem Hintergrund ist die rechtliche Beurteilung wirtschaftsfördernder Maßnahmen tendenziell eher streng vorzunehmen. Daraus folgt zunächst der Grundsatz, dass die Vornahme wirtschaftsfördernder Leistungen einer ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlage bedarf. Obwohl das Wirtschaftsförderungsrecht der Leistungsverwaltung zuzuordnen ist und keine Eingriffe in die Rechtspositionen des Förderungsempfängers beinhaltet, ist auch hier vom Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes auszugehen.<sup>39</sup> Soweit die Wirtschaftsförderungsmaßnahme in der Auskehrung finanzieller Mittel besteht, sind diese ausdrücklich bereitzustellen.<sup>40</sup>

Darüber hinaus ist zudem eine zusätzliche rechtliche Ermächtigungsgrundlage erforderlich, die die Förderungsgrundlagen bis hin zur Anspruchsberechtigung außenrechtlich regelt, sobald die Möglichkeit eines Eingriffs in die Grundrechtspositionen nicht geförderter Dritter (Konkurrenten) besteht.<sup>41</sup> Bei der inhaltlichen Abfassung solcher Regelungen (z.B. Förderungsrichtlinien) durch den Gesetz- oder Verordnungsgeber ist darauf zu achten, dass dem Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 GG Rechnung getragen wird. Hierbei besteht stets die Gefahr, dass der Kreis der Förderungsberechtigten nicht hinreichend bestimmt oder nach unzureichenden Kriterien bestimmt wird. Dies kann eine ungerechtfertigte Benachteiligung von Konkurrenzunternehmen nach sich ziehen, sodass in deren (Grund-) Rechtspositionen mit den entsprechenden Folgen eingegriffen wird.<sup>42</sup>

Fragestellungen zum Wirtschaftsförderungsrecht sind daher regelmäßig aus mindestens zwei verschiedenen Blickwinkeln aufzuwerfen. Zum einen ist aus Sicht des (potenziellen) Förderungsberechtigten zu klären, ob bzw. inwieweit dieser

---

<sup>39</sup> Streitig, zur Vertiefung Schoch: *Besonderes Verwaltungsrecht* Kapitel 3, RN 241 ff.

<sup>40</sup> Vgl. BVerwG 58,45

<sup>41</sup> BVerwG, NJW 1992, 2496, 2500.

<sup>42</sup> Zur Grundrechtsbetroffenheit Dritter siehe etwa BVerfGE 80.

tatsächlich die begehrte Förderungsmaßnahme beanspruchen kann. Zum zweiten ist auch oftmals zu beurteilen, ob aus Sicht eines Dritten die gegenständliche Förderung rechtmäßig erfolgt ist und ob der Dritte ggfs. einen eigenen Förderungsanspruch haben kann.

## 6.2 Förderungsverhältnis

Das Förderungsverhältnis (auch Subventions-Beihilfeverhältnis) ist das anspruchsbegründende Rechtsverhältnis zwischen Staat und Förderungsempfänger. Dieses ist der Ausgangspunkt für die oben genannten Fragestellungen. Das Förderungsverhältnis begründet den Anspruch des Förderungsberechtigten gegen die zuständige Behörde.

Rechtliche oder tatsächliche Fehler im Förderungsverhältnis haben deshalb direkte Auswirkungen auf die Anspruchsberechtigung des Förderungsempfängers. Von hoher Bedeutung ist deshalb neben dem bereits genannten Prinzip der Gleichbehandlung auch der Grundsatz des Vertrauensschutzes. Zwar begründet der Erhalt bestimmter Förderungsmaßnahmen als solcher kein schutzwürdiges Vertrauen hinsichtlich einer Weitergewährung der Leistungen,<sup>43</sup> hinsichtlich der Frage nach einer möglichen Rückforderung bereits erhaltener Leistungen kann die Situation jedoch anders aussehen.

Das Förderungsverhältnis wird unter Anwendung der vorgenannten rechtlichen Grundlagen begründet durch den Förderungsbescheid. Der Förderungsbescheid ist regelmäßig ein begünstigender Verwaltungsakt nach § 35 Abs. 1 Satz 1 VwVfG im Rahmen des § 45 VwVfG kann das Förderungsverhältnis ausnahmsweise auch auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beruhen.<sup>44</sup>

Zu beachten ist, dass der gegenüber dem Förderungsempfänger begünstigend wirkende Verwaltungsakt gleichzeitig auch Rechtswirkungen gegenüber Dritten entfalten kann, soweit ein Eingriff in deren Rechtsposition als Konkurrent erfolgt. Der Förderungsbescheid hat folglich immer eine Doppelwirkung. Durch diese wird es dem nicht begünstigten Konkurrenten erst ermöglicht, seinerseits Rechtsschutz zu beanspruchen.

---

<sup>43</sup> Vgl. BVerfGE 72,175.

<sup>44</sup> Zu dieser Möglichkeit siehe BVerwG NVwZ 1992, 769.

### 6.3 Rückforderungsmöglichkeiten

Die Rückforderung bereits gewährter Förderungsleistungen spielt in der Praxis eine große Rolle. Der Hintergrund des behördlichen Rückforderungsbegehrens kann dabei so unterschiedlich sein wie die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse, die der Förderungsentscheidung zugrunde liegen.

Unabhängig davon sind die gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen für die Rückforderung im deutschen Verwaltungsrecht die allgemeinen Regelungen der §§ 48,49 VwVfG. Wesentlicher Unterschied zwischen diesen beiden Rückforderungsgrundlagen ist die Rechtmäßigkeit bzw. die Rechtswidrigkeit der gewährten Leistung.

Unterschieden wird zwischen der Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes nach § 48 VwVfG und dem Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes nach § 49 VwVfG. Nach § 48 Abs. 1 Satz 2 VwVfG kann ein begünstigender Verwaltungsakt nur unter der Voraussetzung zurückgenommen werden, dass ein der ergänzenden Voraussetzungen nach § 48 Abs. 2 bis 4 VwVfG vorliegt. Eine Rücknahme ist insbesondere dann ausgeschlossen, wenn der Begünstigte auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat und sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer Rücknahme schutzwürdig ist. Das Vertrauen ist in der Regel schutzwürdig, wenn der Begünstigte gewährte Leistungen verbraucht oder eine Vermögensdisposition getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann. Ein Vertrauenstatbestand entfällt, wenn der Begünstigte um die Rechtswidrigkeit des Förderungsbescheides wusste oder durch falsche Angaben oder sonstige Täuschungshandlung zur Rechtswidrigkeit beigetragen hat. Hat das Förderungsverhältnis andere als Geldleistungen zum Gegenstand, so hat die Behörde dem Förderungsempfänger nach erfolgter Rücknahme auf Antrag den Vermögensnachteil auszugleichen, den dieser dadurch erleidet, dass er auf den Bestand des Verwaltungsaktes vertraut hat, soweit sein Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse schutzwürdig ist. Insoweit ist eine gesetzliche Ausschlussfrist für den Ersatzanspruch von einem Jahr ab in Kenntnissetzung durch die Behörde zu beachten. Eine Jahresfrist gilt gleichermaßen für die zuständige Behörde, die die Rücknahme vornehmen will. Insoweit ist der Fristbeginn die Kenntnis der Behörde.

Liegt dagegen ein rechtmäßiger Verwaltungsakt vor, kann dieser nur unter den engen Voraussetzungen des § 49 VwVfG widerrufen werden. Förderungsbescheide können im Wesentlichen nur widerrufen werden, wenn der Widerruf durch Rechtsvorschrift zugelassen oder im Verwaltungsakt vorbehalten ist, wenn mit dem Verwaltungsakt eine Auflage verbunden ist und der Förderungsempfänger diese nicht oder nicht innerhalb einer ihm gesetzten Frist erfüllt hat, wenn die Behörde auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde. Für einmalige, zweckgebundene Förderungsmaßnahmen gilt, dass diesen zugrundeliegende Förderungsbescheide widerrufen werden können, wenn die Förderung nicht oder nicht mehr für den gegenständlichen Zweck verwendet oder gegen eine mit dem Bescheid erteilte Auflage verstoßen wird. Auch für den Fall des Widerrufs gilt, dass schutzwürdiges Vertrauen des Förderungsempfängers zu einem entsprechenden Entschädigungsanspruch führt.

Die zuständige Behörde hat folglich nach den o.g. Ermächtigungsgrundlagen jeweils ermessensfehlerfreie Entscheidungen zu treffen. Dies führt in der Praxis insbesondere bei dem Vorliegen europarechtlicher Vorgaben indes oftmals zu einer Ermessensreduzierung auf null.

#### **6.4 Beihilfeverbot**

Dabei spielt insbesondere das europarechtliche Beihilfeverbot eine nicht zu unterschätzende Rolle.

Dieses grundsätzliche Beihilfeverbot findet sich in Art. 107 Abs. 1 AEUV wieder. Danach sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen jeglicher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedsstaaten beeinträchtigen.

Obwohl diese Regelung als umfassendes Verbot verstanden werden könnte, sind darin die nachfolgenden Tatbestandsmerkmale normiert, die jeweils für sich genommen und ihrer Gesamtschau den Anwendungsbereich des Beihilfeverbotes wieder beschränken.

Unproblematisch ist zunächst das Merkmal der staatlichen Mittel, da dieses bereits in der umfassenden Definition der hier verwendeten Förderungsbegrifflichkeit enthalten ist. Zu beachten ist einzig, dass staatliche Mittel nicht direkt einen öffentlich-rechtlichen Ursprung haben müssen, sondern auch durch seitens des Staates veranlasste oder beauftragte privatrechtliche Institutionen gewährt werden können.

Als zweites Merkmal muss eine Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige vorliegen. Eine solche Begünstigung ist jede Vermögensmehrung oder sonstiger geldwerter Vorteil, ohne dass eine äquivalente Kompensation vorliegt. Eine Begünstigung ist stets dann gegeben, wenn der Beihilfeempfänger ohne diese wirtschaftlich schlechter stünde.

Insoweit ist stets die Frage zu stellen, wie sich die wirtschaftliche Lage des Begünstigten ohne die gewährte Beihilfe darstellen würde. Ergibt dieser Vergleich bei Hinwegdenken der Beihilfe eine Schlechterstellung, liegt eine Begünstigung vor.

Zum dritten liegt eine Beihilfe nach Art. 107 Abs. 1 AEUV nur vor, wenn die Begünstigung nur bestimmten Unternehmen oder Produktionszweigen gewährt wird. Nur in diesem Fall kann überhaupt ein wettbewerbsverzerrender Eingriff zu Lasten bestehender Konkurrenten vorliegen. Wird eine bestimmte Begünstigung unterschiedslos und gleichermaßen für alle Unternehmen gewährt, so liegt darin gerade keine verbotene Beihilfe, da der Gesetzeszweck des Wettbewerbsschutzes nicht berührt wird.

Entscheidend für das europarechtliche Beihilfeverbot ist schließlich das Kriterium, dass Beihilfen nur dann unvereinbar mit dem gemeinsamen Markt, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedsstaaten beeinträchtigen. Damit werden Kleinstbeihilfen aus dem Bereich des Beihilfeverbotes ausgenommen. Dies gilt jedoch nur insoweit, als kein innereuropäischer grenzüberschreitender Handel vorliegt.

Das o.g. Beihilfeverbot erfährt jedoch seinerseits zahlreiche Durchbrechungen. Das gilt namentlich für europarechtliche Gruppenfreistellungen wie etwa im Bereich der Landwirtschaft nach Art. 42 AEUV oder durch Einzelfallentscheidungen von EU-Kommission und Rat nach Art. 108 AEUV.

Zudem besteht nach Art. 107 Abs. 2 AEUV eine grundsätzliche Ausnahme vom Beihilfeverbot für diskriminierungsfrei gewährte Beihilfen sozialer Art an einzelne Verbraucher und Beihilfen zur Beseitigung von durch Naturkatastrophen entstandene Schäden. In ähnlicher Form ausgenommen sind zudem nach Art. 107 Abs. 3 AEUV bestimmte Beihilfen zur Beseitigung eines regionalen Wirtschaftsgefälles, zur Förderung wichtiger europäischer Vorhaben oder für bestimmte ganz wesentliche Wirtschaftszweige.

Will eine nationalstaatliche Stelle Beihilfeleistungen gewähren, hat sie der Notifizierungspflicht des Art. 108 AEUV nachzukommen. Die Notifizierung ist eine Art europäisches Anzeige- und Genehmigungsverfahren. Zunächst ist nach Art. 108 Abs. 3 AEUV eine rechtzeitige Anzeige bei der europäischen Kommission zu machen. Diese prüft sodann die Vereinbarkeit mit dem gemeinsamen Markt und trifft eine abschließende Entscheidung, die auch die Rückforderung bereits gezahlter oder noch bestehender Beihilfen zum Gegenstand haben kann. Dies hat zur Folge, dass die deutsche Behörde nach den §§ 48 ff. VwVfG die Rückforderung betreiben muss. Hierbei ist aufgrund des unionsrechtlichen Effektivitätsgebotes das Abwägungskriterium des Vertrauensschutzes zurückzunehmen, sodass vorhandenes behördliches Ermessen wegen des Verstoßes gegen EU-Recht auf null reduziert ist<sup>45</sup>. Das Gebot der europarechtskonformen Auslegung des deutschen Verwaltungsverfahrensrechts geht sogar so weit, dass die nationale Ausschlussfrist für die Rückforderung einer ohne Genehmigung der Kommission gewährten Beihilfe nicht anzuwenden ist.<sup>46</sup>

Ähnlich verhält es sich bei unionsrechtlichen Beihilfen, die lediglich durch nationale Behörden vollzogen werden. Da die auf Europarecht fußende Beihilfe der Verwirklichung europarechtlicher Ziele dient, impliziert die Zwecksetzung quasi eine Genehmigung der EU-Kommission.

Dies gilt erst recht durch die von den zuständigen Organen der EU direkt vergebenen Beihilfen. Insoweit liegen bereits keine „staatlichen“ Beihilfen nach Art. 107 Abs. 1 AEUV vor.

---

<sup>45</sup> Vgl. EuGH Urteil vom 20.09.1990 – C-5/89 m.w.N. Siehe dazu auch grundlegend zur nationalrechtlichen Ausgestaltung des europarechtlichen Rückforderungsgebotes BVerwGE 92, 81; ausführlich Frotzcher/Kramer, *Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht*, RN 73 m.w.N.

<sup>46</sup> Vgl. EuGH Sammlung 1990, I-3437.

## 6.5 Rechtsschutz

Nicht zuletzt wegen der möglichen Drittbetroffenheit von Konkurrenten im Rahmen von Wirtschaftsförderungsverhältnissen ist den Rechtsschutzmöglichkeiten in diesem Bereich besondere Aufmerksamkeit zu widmen. Dabei spielen in der Praxis insbesondere zwei Fallkonstellationen eine große Rolle: Zum einen ergibt sich ein hohes Rechtsschutzbedürfnis des Förderungsempfängers in den Fällen, in welchen er mit einer Rückforderung der Behörde konfrontiert wird. Insoweit hat der Förderungsempfänger vielfach bereits über die Förderung disponiert, sodass er jedenfalls erhebliche praktische Probleme bei einer Rückführung hätte. Zum zweiten kann es aus der Sicht eines Konkurrenten des Förderungsempfängers zu einer erheblichen Wettbewerbsverzerrung kommen, sodass der Konkurrent seinerseits Wirtschaftsförderungsmaßnahmen gegenüber dem (potenziellen) Empfänger verhindern möchte oder das Ziel hat, gegenüber dem Konkurrenten eine Gleichstellung zu erfahren.

Beide typischen Fallkonstellationen sollen daher nachfolgend in ihrer rechtlichen Grundstruktur kurz skizziert werden.

## 6.6 Abwehr von Rückforderungen

Nimmt die Behörde den Förderungsempfänger auf Rückgewähren bereits geleisteter Subventionen in Anspruch, bedarf die Rückforderung einer entsprechenden Ermächtigungsgrundlage nach den §§ 48 ff. VwVfG. Deren formelle und materielle Rechtmäßigkeit ist folglich die Voraussetzung für einen wirksamen Rückforderungsanspruch.

Auf Basis dieser Ermächtigungsgrundlagen ergeht gegenüber dem Leistungsempfänger ein entsprechender belastender Verwaltungsakt nach § 35 VwVfG. Dieser Bescheid ist folglich im Wege der Anfechtungsklage zum Gegenstand gerichtlicher Überprüfung zu machen. Der Prüfungsmaßstab ist somit § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO, wonach der Bescheid dann für unwirksam zu erklären ist, wenn er denn rechtswidrig ist und den Leistungsempfänger in seinen Rechten verletzt. Ob das der Fall ist, ist sodann nach den formellen und materiellen Voraussetzungen der gegenständlichen Ermächtigungsgrundlage zu beurteilen. Eine eigene Rechtsgutverletzung gegenüber dem Empfänger liegt im Falle der Rechtswidrigkeit des Rückforderungsbegehrens stets vor, da jedenfalls das Vermögen oder Eigentum des Leistungsempfängers negativ betroffen sind.

Besonderes Augenmerk bei der materiellen Prüfung der §§ 48 ff. VwVfG ist auf das dort jeweils an unterschiedlichen Stellen normierte behördliche Ermessen zu legen, welches – wie oben bereits ausgeführt – im Falle eines Verstoßes gegen das unionsrechtliche Beihilfeverbot auf null reduziert wird.

## 6.7 Konkurrentenschutz

Erfährt ein Konkurrent eine bestimmte Wirtschaftsförderung, kann darin eine (wesentliche) Ungleichbehandlung des Dritten liegen, der dieser auf zwei unterschiedliche Arten begegnen kann. Der nicht geförderte Konkurrent kann einerseits gegen die Förderungsmaßnahme für seinen Konkurrenten vorgehen. Andererseits kann der nicht geförderte Konkurrent auch versuchen, gleichfalls in den Genuss der gegenständlichen Wirtschaftsförderungsmaßnahme zu kommen. Der drittbetroffene Konkurrent kann sich folglich im Wege einer negativen oder positiven Konkurrentenklage zur Wehr setzen. Eine negative Konkurrentenklage ist demnach auf die Vernichtung bzw. Rückabwicklung eines bestehenden Subventionsverhältnisses gegenüber dem Konkurrenten gerichtet. Je nach konkreter Fallkonstellation ist insbesondere zu prüfen, inwieweit dem Konkurrenten eine Klagebefugnis nach § 42 Abs. 2 VwGO zusteht. Prüfungsmaßstab hierfür ist, ob die streitgegenständlichen rechtlichen Grundlagen der konkreten Wirtschaftsförderungsmaßnahmen drittschützenden Charakter haben.

Wird dagegen die Gleichbehandlung mit bereits geförderten Konkurrenten im Wege der positiven Konkurrentenklage verlangt, liegt darin ein Verpflichtungsbegehren gegenüber der zuständigen Behörde. Auch dafür ist nach § 42 Abs. 2 VwGO eine Klagebefugnis erforderlich. Hierfür kommt zwar wiederum ein drittschützender Normgehalt der wirtschaftsförderungsrechtlichen Regelungen in Betracht, zusätzlich ist aber auch der begehrte Gleichbehandlungsanspruch als zumindest denkbar darzulegen. Der auf alle Ebenen staatlichen Handelns ausstrahlende grundgesetzliche allgemeine Gleichbehandlungsgrundsatz nach Art. 3 Abs. 1 GG bietet hierfür den argumentativen Ausgangspunkt. Hier reicht es aus, dass der nicht geförderte Konkurrent darlegen kann, ohne vernünftige, sich aus

der Natur der Sache ergebende oder ansonsten sachlich einleuchtende Gründe, trotz eines gleichen Tatbestandes ungleich behandelt worden zu sein.<sup>47</sup>

Kann der nicht begünstigte Konkurrent die auch gegenüber ihm vorliegende Drittwirkung des Subventionsverhältnisses zwischen Behörde und Förderungsempfänger darlegen, kann ihm folglich ein Begünstigungsabwehr- oder Gleichstellungsanspruch zustehen.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> Grundlegend zum grundsätzlichen Willkürverbot vgl. BVerfGE 1,14; zum daraus abgeleiteten Schutzbedürfnis des Konkurrenten vgl. BVerwG 30,191.

<sup>48</sup> Zur Vertiefung siehe Schoch, Kapitel 3, RN 246 m.w.N.

**Fallbeispiel****Sachverhalt:**

Patrick (P) ist Verleger einer lokalen Zeitung in der Stadt S. Während die Stadt den drei größeren örtlichen Tageszeitungen Subventionen im hohen sechststelligen Bereich aus dem Haushaltsplan gewährt, geht die Zeitung des P leer aus. Grundlage der Förderung ist ein Fördertopf des Landes in Verbindung mit einer Vergaberichtlinie, die jedoch die Stadt S für zuständig zur Verteilung der Mittel erklärt. Eine weitergehende Regelung zur Anspruchsberechtigung oder den Förderungsmodalitäten existiert dagegen nicht.

P ist der festen Überzeugung, dass die finanziellen Zuwendungen wettbewerbsverzerrend sind und damit sein Grundrecht aus Art. 5 I S. 2 GG verletzen. Überhaupt seien die Förderungen nur zulässig, sofern sie aufgrund eines vom Parlament erlassenen Gesetzes erfolgen.

**Fallfrage:** Sind die Förderungen rechtmäßig?

**Falllösung:** Fraglich ist, ob die von der Stadt S gewährten Subventionen an die drei großen Lokalzeitungen rechtmäßig waren.

**I. Ermächtigungsgrundlage**

Die gewährten Subventionen könnten zunächst eine Ermächtigungsgrundlage erfordern. Nach dem Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes darf die Verwaltung nur auf Grundlage eines Gesetzes handeln.

Obwohl die Gewährung von Subventionen der Leistungs- und nicht der Eingriffsverwaltung zuzuordnen sind, muss auch hierfür eine Ermächtigungsgrundlage vorhanden sein.

Im Rahmen der Leistungsverwaltung ist dem Vorbehalt des Gesetzes allerdings durch jede mögliche parlamentarische Willensäußerung genüge getan. Eine Bereitstellung der erforderlichen Mittel im Haushaltsplan in Verbindung

mit gesetzmäßigen Vergaberichtlinien ist deshalb als Ermächtigungsgrundlage ausreichend. Sobald die gegenständliche Subvention jedoch mit Eingriffen in Grundrechte nicht beteiligter Dritter verbunden ist, bedarf es einer ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlage.<sup>49</sup>

Deshalb ist zu fragen, ob die von der S gewährten Subventionen einen Eingriff in ein Grundrecht des P darstellen. In Betracht kommt insbesondere ein Eingriff in die Pressefreiheit des P gem. Art. 5 I S. 2 GG. In den sachlichen Schutzbereich des Art. 5 I S. 2 GG fällt unter anderem die presserechtliche Wettbewerbsfreiheit. P wird als Verleger einer Zeitung auch vom persönlichen Schutzbereich des Art. 5 I S. 2 GG erfasst.

Vorliegend wird den Konkurrenten des P eine Geldsumme im hohen sechststelligen Bereich durch die S gewährt. Dies verschafft den begünstigten Zeitungsverlegern einen gravierenden Vorteil gegenüber den Nichtbegünstigten. Ein Eingriff in das Grundrecht des P auf Pressefreiheit im Zuge der erheblichen Wettbewerbsverzerrung kann somit bejaht werden.

Infolgedessen bedarf die Gewährung der Subventionen an die drei großen Tageszeitungen einer Ermächtigungsgrundlage.

Eine solche Ermächtigungsgrundlage ist jedoch ausweislich der ausdrücklichen Angabe im Sachverhalt nicht vorhanden.

**Ergebnis:** Mangels einschlägiger Ermächtigungsgrundlage war die Gewährung der Subventionen rechtswidrig.

---

<sup>49</sup> Vgl. BVerwG, NJW 1992, 2496, 2500.

## **7 Der Staat als Wirtschaftssubjekt**

Ergänzend zu den o.g. wirtschaftsüberwachenden und wirtschaftslenkenden Tätigkeiten des Staates kann dieser auch eigene wirtschaftliche Betätigungen entfalten. In solchen Fällen tritt der Staat als eigenständiges Wirtschaftssubjekt auf. Nach der bereits dargestellten Wirtschaftsverfassung der Bundesrepublik Deutschland entspricht dies zwar einer Ausnahme, gleichwohl kommt dem Staat als eigenständiges Wirtschaftssubjekt eine nennenswerte Bedeutung zu. Dies gilt insbesondere für den kommunalen Bereich.

### **7.1 Kommunales Wirtschaftsrecht**

Art. 28 GG gewährleistet der kommunalen Ebene eine auch gegenüber dem Bund und den Ländern geltende Selbstverwaltung. Im Rahmen dieser kommunalen/gemeindlichen Selbstverwaltung werden vielfältige Leistungen durchgeführt, beispielsweise Aufgaben der Daseinsvorsorge (z.B. Ver- und Entsorgungslieferung wie Stadtwerke oder Müllabfuhr), welche aus kommunaler Hand erfolgen. Solche Formen wirtschaftlicher Betätigung des Staates sind wegen ihrer grundsätzlichen und übergeordneten Bedeutung auch ausdrücklich erwünscht, was sich in zahlreichen Landesgesetzen für die kommunale Ebene auch widerspiegelt.

Soweit die gemeindliche wirtschaftliche Betätigung indes den Bereich der Daseinsvorsorge verlässt oder überschreitet, liegt darin aufgrund der implizierten Gewinnerzielungsabsicht ein Eingriff in die bestehenden Marktbegebenheiten.

Das kommunale Wirtschaftsrecht ist deshalb durch Schranken für die wirtschaftliche Betätigung des Staates geprägt.

### **7.2 Betätigungsgrenzen**

Die Grenzen wirtschaftlicher Betätigung von Kommunen folgen aus dem Zweck des Vorhandenseins der Kommunen. Dieser liegt staatsorganisatorisch in der regionalen Vorhaltung von Selbstverwaltungskörperschaften, welche unter Berücksichtigung der örtlichen Begebenheiten die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben gewährleistet. Hieraus leitet sich ein dreistufiger Prüfungsmaßstab für die Frage der Zulässigkeit eigener gemeindlicher wirtschaftlicher Tätigkeit ab.

Zunächst bedarf die unternehmerische Betätigung einer Gemeinde eines öffentlichen Zwecks. Diese ergibt sich entweder ausdrücklich aus entsprechenden landesgesetzlichen Regelungen oder folgt aus den Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft als solcher. Die reine Gewinnerzielungsabsicht ist kein öffentlicher Zweck.<sup>50</sup> Hinsichtlich des Vorhandenseins eines öffentlichen Zwecks kommt den Kommunen jedoch eine eigene Einschätzungsprärogative zu. Sucht sich eine Gemeinde ein wirtschaftliches Betätigungsfeld, muss sie folglich den öffentlichen Zweck aus der spezifischen örtlichen Situation heraus ableiten und begründen können.

Erfüllt eine wirtschaftliche Betätigung durch eine Gemeinde (jedenfalls teilweise) einen o.g. öffentlichen Zweck, darf die entsprechende Tätigkeit gleichwohl nicht grenzenlos erfolgen. Die Grenze einer grundsätzlich zulässigen wirtschaftlichen Betätigung ergibt sich stets aus der gemeindlichen Leistungsfähigkeit. Insbesondere unter Gewichtung finanzieller Risiken wirtschaftlicher Betätigungen darf eine Kommune nur soweit tätig werden, wie sie die potenziell möglichen Verlustaufwendungen zu tragen in der Lage ist.

Von erheblicher Bedeutung ist zudem die dritte Schranke für gemeindliche wirtschaftliche Tätigkeiten, die aus einem Subsidiaritätsgebot besteht. Das Gebot der Subsidiarität verlangt, dass Gemeinden grundsätzlich nur innerhalb ihres Hoheitsgebietes und nur soweit tätig werden, wie nicht Privatrechtssubjekte die entsprechende Tätigkeit zumindest ebenso gut durchführen können. Hieraus ergibt sich ein ganz erheblicher Auslegungsspielraum, der durch die Gemeinde auszugestalten ist und durch drittbetroffene Privatunternehmer nur ausnahmsweise auch beklagt werden kann.<sup>51</sup>

---

<sup>50</sup> Vgl. Schoch, Kapitel 1 RN 175 m.w.N.

<sup>51</sup> Vgl. BVerwG 39, 329.

**Fallbeispiel****Sachverhalt:**

Die Stadtwerke in der Stadt S werden seit jeher als Eigenbetrieb der Landeshauptstadt S geführt. Eines Tages entscheidet sich die S dafür, dass die Stadtwerke in eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung umgewandelt werden sollen, deren alleiniger Gesellschafter dann die S ist. Gesagt, getan: Die Stadtwerke tragen nunmehr den Namen Elektro-GmbH (E).

Nach der Umwandlung erweitert die E ihr Betätigungsfeld. Sie führt nun auch Arbeiten für private Auftraggeber aus, die im Zusammenhang mit Energielieferungen stehen. Insbesondere stellt sie Verteilerschränke und Anschlusssäulen für Marktkaufleute auf Messen und Märkten auf. Volker Volt (V) ist Elektriker und Inhaber eines kleinen Elektrofachbetriebs. Er hat sich darauf spezialisiert, Elektroarbeiten für die verschiedenen Marktkaufleute durchzuführen. Seit der Umwandlung der Stadtwerke erlitt der V jedoch gravierende Einnahmeeinbußen, da ein Großteil seines Kundenstamms zur E gewechselt ist.

V ist fest davon überzeugt, dass die E durch die Übernahme von Aufträgen Privater gegen Vorschriften der landeseigenen Gemeindeordnung (GemO) verstößt. Dort sei abschließend die Beschränkung erwerbswirtschaftlicher Tätigkeit der Gemeinden geregelt. Da die S alleiniger Inhaber der E ist, müsse diese sich auch an diese Grenzen halten.

Die S behauptet hingegen, dass die E durch die Annahme der Aufträge vor allem neue Arbeitsplätze in ihrem Unternehmen schaffen will. Zudem fördere sie damit öffentliche Veranstaltungen und diene der Versorgung der Bevölkerung. Damit seien die Grenzen wirtschaftlicher Betätigung der S, die durch die Gemeindeordnung festgehalten werden, gewahrt.

**Fallfrage:** Hat die Stadt gegen die Gemeindeordnung verstoßen?

In der GemO des Bundeslandes steht geschrieben:<sup>52</sup>

**Art. 107:**

*„(1) Die Gemeinde darf sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben wirtschaftlich betätigen, wenn*

- 1. ein öffentlicher Zweck die Betätigung erfordert,*
- 2. die Betätigung nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zu der Leistungsfähigkeit der Gemeinde steht und*
- 3. bei einem Tätigwerden... der öffentliche Zweck durch andere Unternehmen nicht besser und wirtschaftlicher erfüllt werden kann.*

...

*(2) Als wirtschaftliche Betätigung im Sinne dieses Abschnitts gilt nicht der Betrieb von*

- 1. Einrichtungen, zu denen die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist,*
- 2. öffentlichen Einrichtungen, die für die soziale und kulturelle Betreuung der Einwohner erforderlich sind, insbesondere Einrichtungen auf den Gebieten*
  - Erziehung, Bildung oder Kultur (Schulen, Volkshochschulen, Tageseinrichtungen für Kinder und sonstige Einrichtungen der Jugendhilfe, Bibliotheken, Museen, Ausstellungen, Opern, Theater, Kinos, Bühnen, Orchester, Stadthallen, Begegnungsstätten),*
  - Sport oder Erholung (Sportanlagen, zoologische und botanische Gärten, Wald-, Park- und Gartenanlagen, Herbergen, Erholungsheime, Bäder, Einrichtungen zur Veranstaltung von Volksfesten),*
  - Gesundheits- oder Sozialwesen (Krankenhäuser, Bestattungseinrichtungen, Sanatorien, Kurparks, Senioren- und Behindertenheime, Frauenhäuser, soziale und medizinische Beratungsstellen),*
- 3. Einrichtungen, die der Straßenreinigung, der Wirtschaftsförderung, der Fremdenverkehrsförderung oder der Wohnraumversorgung dienen,*

---

<sup>52</sup> Hinweis: Die zugrundeliegende GemO ist angelehnt an die GemO NRW.

*4. Einrichtungen des Umweltschutzes, insbesondere der Abfallentsorgung oder der Abwasserbeseitigung sowie des Messe- und Ausstellungswesens,*

*5. Einrichtungen, die ausschließlich der Deckung des Eigenbedarfs von Gemeinden und Gemeindeverbänden dienen....“*

**Falllösung:** Fraglich ist, ob die Stadt S als alleinige Eigentümerin der E gegen die Gemeindeordnung verstoßen hat. Die Tätigkeiten der E sind aufgrund der alleinigen Gesellschafterstellung der S so zu behandeln, als würde die S diese unmittelbar vornehmen.

## **I. Verstoß gegen Art. 107 I GemO**

Ein Verstoß gegen die o.g. kommunalwirtschaftsrechtlichen Vorschriften könnte hier in einer Missachtung der Regelung des Art. 107 I GemO liegen.

### **1. Wirtschaftliche Betätigung i.S.v. Art. 107 GemO**

Dazu müsste es sich bei der Annahme und Durchführung der privaten Aufträge zunächst um eine wirtschaftliche Betätigung i.S.v. Art. 107 I GemO handeln. Der Begriff der wirtschaftlichen Betätigung wird durch die einschlägige GemO in Art. 107 II negativ definiert.<sup>53</sup>

Darin sind alle Betätigungen, die im Sinne der GemO nicht wirtschaftlich sind, konkret aufgelistet. Im Umkehrschluss sind folglich alle anderen wirtschaftliche Betätigungen. Vorliegend versorgt die E ihre Auftraggeber mit Verteilerschränken und Anschlusssäulen. Diese werden zu ihrer Benutzung auf öffentlichen Messen und Märkten aufgestellt. Diese Betätigung kann unter keinen der in Art. 107 II GemO genannten Betriebe gefasst werden. Demzufolge handelt es sich bei der Annahme und Durchführung der Aufträge durch die E um eine wirtschaftliche Betätigung i.S.v. Art. 107 I GemO.

---

<sup>53</sup> Tatsächlich gibt es keine GemO, die den Begriff der wirtschaftlichen Betätigung positiv definiert, da dies viel zu umfangreich wäre. Allerdings gibt es kommunalrechtliche Regelungen, die gar keine Negativliste enthalten (z.B. Bayern, Thüringen).

## 2. Öffentlicher Zweck

Die wirtschaftliche Betätigung gem. Art. 107 I Nr. 1 müsste einen öffentlichen Zweck verfolgen.<sup>54</sup> Der Kreis der potenziellen Zwecke reicht dabei von sozialen Gesichtspunkten (z.B. Schaffung von Arbeitsplätzen) über ökologische Zwecke (z.B. Sicherung einer geordneten Abwasserbeseitigung) bis hin zu Aspekten wie etwa der Versorgungssicherheit. Lediglich Betätigungen, die aufgrund einer reinen Gewinnerzielungsabsicht vorgenommen werden, sind nicht vom Erfordernis des öffentlichen Zwecks gedeckt. Der Begriff des öffentlichen Zwecks ist folglich sehr weit gefasst, weshalb er durch entsprechende Darlegungen der Gemeinde auch ohne weiteres erfüllt werden kann. Vorliegend gibt die E an, mehr Arbeitsplätze zu schaffen, öffentliche Veranstaltungen durch ihre Dienstleistungen zu fördern und zuletzt auch zur Energieversorgung der Bevölkerung beizutragen.

Das Erfordernis des öffentlichen Zwecks ist damit gewahrt.

## 3. Verhältnismäßigkeitsschranke

Ferner müsste die Verhältnismäßigkeitsschranke gem. Art. 107 I Nr. 2 gewahrt worden sein. Sinn dieser Schranke ist es, die finanzielle und / oder politische Überforderung der Gemeinde zu verhindern. Diese greift jedoch nur in Extremfällen, in welchen die wirtschaftliche Betätigung die Leistungsfähigkeit der Gemeinde überschreitet.

In Ermangelung entgegenstehender Anhaltspunkte ist davon auszugehen, dass die wirtschaftliche Betätigung der E auch die Grenzen des Art. 107 I Nr. 2 GemO wahrt.

---

<sup>54</sup> Hinweis: In manchen GemO wird festgelegt, dass in der Satzung oder im Gesellschaftsvertrag des durch die Gemeinde geführten Unternehmens mehrere öffentliche Zwecke konkret niedergeschrieben sein müssen (z.B. § 137 I Nr. 5 Niedersächsisches Kommunalverfassungsgesetz).

#### 4. Subsidiaritätsklausel

Die Annahme der Aufträge im Ausstellungsbereich könnte aber gegen die in Art. 107 I Nr. 3 GemO festgehaltene Subsidiaritätsklausel verstoßen. Diese besagt, dass die Gemeinde nicht dazu befugt ist, der wirtschaftlichen Betätigung nachzugehen, wenn der öffentliche Zweck i.S.v. Art. 107 I Nr. 1 GemO besser und wirtschaftlicher durch private Unternehmen erfüllt werden kann.<sup>55</sup>

Vorliegend erstreckt sich der durch das wirtschaftliche Tätigwerden der E erfüllte öffentliche Zweck auf die Schaffung von Arbeitsplätzen, die Förderung öffentlicher Veranstaltungen und die Versorgung der Bevölkerung. Anhaltspunkte dafür, dass dieser Zweck besser und wirtschaftlicher durch den Betrieb des V erfüllt werden kann, sind nicht ersichtlich.

Mithin verstößt die Annahme der E von privaten Aufträgen auch nicht gegen die in Art. 107 I Nr. 3 normierte Subsidiaritätsklausel.

**Ergebnis:** Ein Verstoß gegen die Gemeinordnung liegt daher nicht vor.

---

<sup>55</sup> Hinweis: In manchen Ländern ist die Klausel genau andersrum formuliert, sodass die Gemeinde nachweisen muss, dass sie den öffentlichen Zweck besser und wirtschaftlicher erfüllen kann als die privaten Unternehmen.

## 8 Schlussbetrachtung

Aus einer Gesamtschau der oben genannten Themenfelder ergibt sich eine große Bandbreite wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Fragestellungen. Genauso, wie sich Gesellschaft und Wirtschaft im Laufe der Zeit wandeln, befindet sich auch das Wirtschaftsverwaltungsrecht in einem stetigen Entwicklungsprozess.

Das gilt sowohl für die Frage nach eigenen staatlichen Betätigungen als auch für alle Formen staatlicher Wirtschaftsüberwachung und Wirtschaftsförderung oder andere lenkende Maßnahmen.

Insbesondere der Bereich der Wirtschaftsüberwachung muss sich ständig neuen tatsächlichen Herausforderungen stellen. Dabei besteht die besondere Schwierigkeit darin, dass der Staat durch Gesetzgebung und darauf fußende Überwachung bestmöglich präventiv Gefahren erkennt und entsprechend einschränkt. Die Praxis zeigt, dass dies oftmals kaum oder allenfalls unzureichend möglich ist. Zur Begründung dieser These kann auf die (insbesondere europäischen) Regulierungsversuche für den Bankensektor verwiesen werden. Aufgrund eines ständig steigenden Maßes nationaler und internationaler Branchen übergreifender Verflechtungen des Wirtschaftslebens werden staatliche Überwachungsmaßnahmen zunehmend schwerer durchsetzbar.

Eine lehrbuchmäßige Darstellung des Wirtschaftsverwaltungsrechts muss sich deshalb auf die Grundzüge der wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Teilbereiche beschränken. Dies vermittelt dem Rechtsanwender eine strukturelle Grundkenntnis, die ihm die Erarbeitung von Spezialmaterien des Wirtschaftsverwaltungsrechts ermöglicht. Ist es dem Rechtsanwender gelungen, die grundsätzlichen Strukturen des Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrechts aufzunehmen, ergibt sich daraus ein auf verwandte Teilrechtsgebiete übertragbares Strukturwissen. Nach dem Abschluss einer sorgfältigen Durcharbeitung wird es dem Rechtsanwender gelingen, durch entsprechenden Wissens- und Anwendungstransfer nicht nur fremde Sachverhalte wirtschaftsrechtlich zu erschließen, sondern auch sich bisher völlig unbekannte wirtschaftsrechtliche Teilbereiche komplett neu zu erschließen.

**Literaturverzeichnis**

Friauf, Karl-Heinrich: *Kommentar zur Gewerbeordnung – GewO. Gewerberechtlicher Teil*. München: Luchterhand, 2018.

Fröhler, Ludwig und Joachim Kormann: *Kommentar zur Gewerbeordnung*. Frankfurt am Main: Fachmedien Recht und Wirtschaft in Deutscher Fachverlag GmbH, 1978.

Frotscher, Werner und Urs Kramer: *Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht*. 7. Auflage, München: C.H. Beck, 2019.

Schmidt-Aßmann, Eberhart und Friedrich Schoch (Hrsg.): *Besonderes Verwaltungsrecht*. 14. Auflage. Berlin: De Gruyter, 2008.

Schoch, Friedrich: *Besonderes Verwaltungsrecht*. München, C.H. Beck, 2018.

Stober, Rolf und Sven Eisenmenger: *Öffentliches Wirtschaftsrecht – Besonderer Teil. Gewerberechtliche Grundlagen, spezielles Branchenrecht und branchenübergreifende Querschnittsmaterialien*. 17. Auflage. Stuttgart: Kohlhammer, 2019.

ISBN (Print) 978-3-89275-210-3  
ISBN (eBook) 978-3-89275-211-0

ISSN (Print) 2748-6869  
ISSN (eBook) 2748-6877



KCW KompetenzCentrum  
für Wirtschaftsrecht  
der FOM Hochschule für Oekonomie & Management

## FOM Hochschule

## KCW

FOM – Deutschlands Hochschule für Berufstätige.

Die mit bundesweit über 57.000 Studierenden größte private Hochschule Deutschlands führt seit 1993 Studiengänge für Berufstätige durch, die einen staatlich und international anerkannten Hochschulabschluss (Bachelor/Master) erlangen wollen.

Die FOM ist der anwendungsorientierten Forschung verpflichtet und verfolgt das Ziel, adaptionsfähige Lösungen für betriebliche bzw. wirtschaftsnahe oder gesellschaftliche Problemstellungen zu generieren. Dabei spielt die Verzahnung von Forschung und Lehre eine große Rolle: Kongruent zu den Masterprogrammen sind Institute und KompetenzCentren gegründet worden. Sie geben der Hochschule ein fachliches Profil und eröffnen sowohl Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern als auch engagierten Studierenden die Gelegenheit, sich aktiv in den Forschungsdiskurs einzubringen.

Weitere Informationen finden Sie unter [fom.de](http://fom.de)

Das KCW KompetenzCentrum für Wirtschaftsrecht forscht in für Wirtschaftsunternehmen relevanten Rechtsbereichen. Der Fokus liegt auf Fragestellungen, die sich aus Unternehmenssicht in der wirtschaftsrechtlichen Praxis ergeben. Die im Rahmen von Forschungsprojekten aufzuwerfenden Fragestellungen weisen daher stets einen größtmöglichen Praxisbezug auf.

Neben der Forschungsarbeit legt das KCW großen Wert auf den Wissenstransfer. Es werden daher regelmäßig Fortbildungen und Schulungen für Unternehmen und Verbände angeboten. Zudem fließen die aktuellen Forschungsergebnisse in die Lehre der FOM Hochschule ein.

Weitere Informationen finden Sie unter [fom-kcw.de](http://fom-kcw.de)



Der Wissenschaftsblog der FOM Hochschule bietet Einblicke in die vielfältigen Themen, zu denen an der FOM geforscht wird: [fom-blog.de](http://fom-blog.de)