Fall zu „Anspruch auf Erteilung einer Gewerbeerlaubnis“

A ist führendes Mitglied des Motorrad-Clubs „Höllensbrut e.V.“. Viele Clubmitglieder sind bereits durch Straftaten wie Körperverletzung oder Raub hervorgetreten. A selbst wurde als junger Mann einmal wegen Ladendiebstahls (zwei Flaschen Whiskey) straffällig, was aber schon über 15 Jahre zurückliegt. Nun will A den Diskotheken- und Kneipenbesitzern seines Heimatortes anbieten, den Türsteher- und Ordnerdienst zu organisieren. Er will auch selbst vor den Türen stehen, wenn es nötig ist, und im Übrigen angestelltes Personal – insbesondere andere Clubmitglieder – dafür einsetzen. Er absolviert bei der IHK einen Kurs und verfügt deshalb über die Bescheinigung i.S.d. § 34a Abs. 1 S. 3 Nr. 3 GewO, ferner auch über genügend Finanzmittel zur Errichtung und Organisation dieses Betriebes.

Die zuständige Behörde lehnt den Antrag von A auf Erteilung einer Bewachererlaubnis ab und begründet dies zum einen mit der früheren Straffälligkeit des A und mit den vielen Straftaten im Umfeld des Motorrad-Clubs. Zum anderen führt die Behörde an, ihr sei bekannt, dass A von einem verstorbenen Großonkel vor kurzem eine Erbschaft erhalten, aber die Erbschaftssteuer nicht ordentlich entrichtet habe. Außerdem habe er wiederholt Streit mit seinem Vermieter, weil er entgegen der Pflichten aus dem Mietvertrag das Treppenhaus nicht regelmäßig reinige. Die Behörde hält den A deshalb für zu unzuverlässig, um das sensible Bewachergewerbe auszuüben.

Nach erfolglosem Vorverfahren erhebt A form- und fristgerecht Verpflichtungsklage auf Erteilung der Bewachererlaubnis – mit Aussicht auf Erfolg?

Zusatzfrage: Wenn A eine Erlaubnis hat – muss er dann eigentlich zusätzlich noch die Gewerbeanzeige nach § 14 Abs. 1 GewO erstatten? Oder ist das dann eine unnütze Förmerei?

Lösungshinweise

A. Zulässigkeit

I. Verwaltungsrechtsweg

- Keine aufdrängende Sonderzuweisung, deshalb richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO.
- Öffentlich-rechtliche Streitigkeit? (+), wenn sich die streitentscheidende Norm ausschließlich an einen Träger hoheitlicher Gewalt richtet (sog. modifizierte Subjektsth.). In Streit steht, ob eine Erlaubnis nach § 34a Abs. 1 GewO erteilt werden muss. Zur Erlaubniserteilung ist nur eine Behörde befugt, sodass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt.
- Nichtverfassungsrechtlicher Art (+).
- Keine abdrängende Sonderzuweisung, deshalb Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges (+).

II. Statthafte Klageart: Verpflichtungsklage, § 42 Abs. 1 VwGO

Siehe Schema „Verpflichtungsklage“ bei den Materialien auf der Homepage von LS Ennuschat.

III. Klagebefugnis, § 42 Abs. 2 VwGO

(+), wenn A möglicherweise in einem subjektiv-öffentlichen Recht verletzt ist. Als subjektiv-öffentliches Recht kommt § 34a Abs. 1 S. 1 GewO in Betracht. Der Wortlaut verschafft A zwar nicht ausdrücklich einen „Anspruch“. Aber im Lichte von § 1 Abs. 1 GewO, Art. 12 Abs. 1 GG ist § 34a Abs. 1 S. 1 GewO als präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt (Präventiverlaubnis) zu interpretieren, sodass A einen Anspruch auf Erteilung der Erlaubnis hat, wenn alle Erlaubnisvoraussetzungen vorliegen. Das ist nicht schlechterdings ausgeschlossen.

[IV. Vorverfahren – V. Klagegegner, Beteiligten- und Prozessfähigkeit – VI. Klagefrist und Klageform]

B. Begründetheit

I. Anspruchsgrundlage

Als Anspruchsgrundlage kommt § 34a Abs. 1 S. 1 (i.V.m. § 1 Abs. 1) GewO in Betracht.

II. Formelle Anspruchsvoraussetzungen

Antrag an die zuständige Stelle (+)

III. Materielle Anspruchsvoraussetzungen

1. *Erlaubnisbedürftigkeit, § 34a Abs. 1 S. 1 GewO*

a) Bewachung von Leben oder Eigentum fremder Personen

- Bewachung ist der personal und aktiv in tätiger Obhut zu leistende Schutz
- fremder Personen – hier: Gäste und Wirte,
- vor Gefahren für Leben oder Eigentum sowie (über den Wortlaut von § 34a Abs. 1 S. 1 GewO hinaus) von Leib, Freiheit, Besitz.

Die Türsteher und Ordner schützen u.a. Gäste vor den Gefahren, die durch betrunkene oder aggressive Besucher drohen, sodass Bewachung i.S.d. § 34a Abs. 1 S. 1 GewO zu bejahen ist.

b) Gewerbsmäßigkeit (+)

Gewerbe = auf Dauer und auf Gewinnerzielung angelegte erlaubte selbstständige Tätigkeit, die keine Urproduktion, kein freier Beruf und nicht bloße Nutzung und Verwaltung eigenen Vermögens ist.

2. *Erlaubnisfähigkeit = keine Versagungsgründe, § 34a Abs. 1 S. 3 GewO*

Einzig in Betracht kommender Versagungsgrund ist das Fehlen von Zuverlässigkeit i.S.d. § 34a Abs. 1 S. 3 Nr. 1 GewO. Unzuverlässig ist, wer keine Gewähr dafür bietet, dass er in Zukunft sein Gewerbe ordnungsgemäß ausüben wird.

Beachte: Bei der (Un-)Zuverlässigkeit handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Auslegung und Anwendung durch die Behörde vollständiger gerichtlicher Überprüfung unterliegt. Es gibt keinen Beurteilungsspielraum der Behörde.

Klassische Fallgruppen der Unzuverlässigkeit sind:

- Straftaten und Ordnungswidrigkeiten,
- Steuerrückstände,
- Verstöße gegen sozialversicherungsrechtliche Pflichten (Nichtabführung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmeranteile der Sozialversicherungen),
- mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (im Falle der Insolvenz ist § 12 zu beachten).

Nötig ist jeweils ein hinreichender Gewerbebezug.

Im Regelfall nicht zur Unzuverlässigkeit führen: mangelnde Sachkunde, punktuelle Verletzung zivilrechtlicher Pflichten.

- Frühere Straftat des A? Straftaten können zur Unzuverlässigkeit führen, wenn es einen Gewerbebezug gibt. Dieser dürfte im Falle der Bewachung bei Diebstahl zu bejahen sein. Aber nur Bagatelldelikt, zudem lange her – reicht nicht, um heute noch (Bezug: Zukunft!) Unzuverlässigkeit anzunehmen.
Beachte aber § 52 Abs. 1 Nr. 4 BZRG: Obwohl die Tat schon lange nicht mehr im Führungszeugnis eingetragen wäre, könnte sie bei seinem Antrag auf Gewerbeerlaubnis noch zu seinen Lasten verwendet werden, wenn die Erlaubnis zu einer erheblichen Gefährdung der Allgemeinheit führen würde.
- Straftaten anderer Clubmitglieder? A darf nur Bewachungspersonal einstellen, dass selbst zuverlässig ist (so ausdrücklich § 34a Abs. 1 S. 4 GewO). Es gibt aber keine deutlichen Anhaltspunkte, dass A unter den Clubmitgliedern niemanden finden könnte, der zuverlässig ist. Wenn er doch einzelne Personen einstellen sollte, die unzuverlässig sind, könnte das die Behörde später immer noch gem. § 34a Abs. 4 GewO untersagen. Also ist die bloße Strafanfälligkeit einiger Clubmitglieder kein Unzuverlässigkeitsgrund.
- Nichtentrichtung der Erbschaftssteuer? Steuerrückstände können zur Unzuverlässigkeit führen (zumal sie häufig wirtschaftliche Leistungsunfähigkeit indizieren), aber nur bei hinreichendem Gewerbebezug. Hier: Steuer aus dem Privatbereich, ohne Gewerbebezug.
- Verletzung zivilrechtlicher Pflichten aus dem Mietvertrag? Zunächst ist schon der Gewerbebezug zweifelhaft, weil es sich um eine Pflichtverletzung aus dem Privatbereich handelt. Aber selbst wenn man auf die etwaige Anmietung eines Geschäftslokals abstellt und befürchten würde, dass A auch diesen Mietvertrag verletzen könnte: Das Gewerberecht schützt in erster Linie Allgemeininteressen, so dass Zivilrechtsverstöße i.d.R. nicht zur Unzuverlässigkeit führen. Der Vermieter kann sich selbst schützen, wenn A den Mietvertrag verletzt.

Damit ist der Versagungsgrund der Unzuverlässigkeit nicht gegeben. Alle Erlaubnisvoraussetzungen liegen vor. A hat einen Anspruch auf Erteilung der Bewachererlaubnis. Die Verpflichtungsklage ist begründet und hat Aussicht auf Erfolg.

Zusatzfrage: Entbehrlichkeit der Anzeige im Falle der Erlaubniserteilung?

Die Anzeigepflicht nach § 14 Abs. 1 GewO steht unabhängig neben anderen Anzeigepflichten oder neben Genehmigungspflichten. Anzeige und Genehmigung dienen unterschiedlichen Zwecken. Die Anzeige ist etwa Grundlage für zahlreiche Datenübermittlungen, die auch automatisiert erfolgen (vgl. § 14 Abs. 11 GewO). Deshalb muss die Anzeige selbst dann erstattet werden, wenn die Behörde schon eine Erlaubnis erteilt hat.

Die Anzeige ist auch zur erstatten, wenn der Behörde die anzuzeigende Tätigkeit bereits bekannt ist. Dies folgt aus § 14 Abs. 1 S. 3 GewO: Nur im Falle der Betriebsaufgabe

kann eine Abmeldung von Amts wegen erfolgen, bei Betriebsbeginn muss die Anzeige durch den Gewerbetreibenden erfolgen.