Schwerpunkte Klausurenkurs

Gurlit / Ruthig / Storr

Klausurenkurs im Öffentlichen Wirtschaftsrecht

Ein Fall- und Repetitionsbuch für den Schwerpunktbereich

2. Auflage



C.F. Müller

Jura auf den gebracht

Stefan Storr
Josef Ruthig
Elke Gurlit

Klausurenkurs im Öffentlichen Wirtschaftsrecht

Серия «Schwerpunkte Klausurenkurs»

Аннотация

Die Neuauflage:

Drei ganz neue Klausurfälle widmen sich u.a. den Grundstrukturen des Gewerberechts, Fragen des deutschen und europäischen Subventionsrechts, dem unionalen Beihilfenbegriff, Vergaberecht sowie Kommunalwirtschaftsrecht. Insgesamt wurden die Fälle überarbeitet und auf den neuesten Rechtsstand gebracht.

Inhalt und Konzeption:

Dieser auf das Schwerpunktbereichs-Lehrbuch von Ruthig und Storr zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht abgestimmte Klausurenkurs gibt dem Leser einen verlässlichen Leitfaden zur Vorbereitung auf die Klausuren im Schwerpunktbereich und für die Wahlfachprüfung im Assessorexamen an die Hand. Nach einer allgemeinen Einführung in die speziellen Anforderungen an das Schreiben (wirtschafts-)verwaltungsrechtlicher Klausuren werden in 20 Fällen

repräsentative Klausursachverhalte zu zentralen Themenbereichen des Öffentlichen Wirtschaftsrechts sowie der Bezüge zum Verfassungs- und Europarecht, zum Allgemeinen Verwaltungsrecht und zum Verwaltungsprozessrecht exemplarisch und realitätsnah gelöst. Ziel ist die Einarbeitung in die Technik der Fallbearbeitung und die Einübung typischer Argumentationsmuster. Vorüberlegungen und eine vorangestellte knappe Lösungsskizze dienen der raschen ersten Orientierung. Die Entstehung der Lösung kann sodann anhand von ausformulierten Musterlösungen Schritt für Schritt nachvollzogen werden.

Содержание

Klausurenkurs im Öffentlichen Wirtschaftsrecht 14
Impressum 15
Vorwort 17
Inhaltsverzeichnis 20
Einführung 27
II. Zur Arbeit mit diesem Klausurenkurs 29
III. Grundstrukturen des öffentlichen Wirtschaftsrechts 31
1. Gewerberechtliche Grundbegriffe 33
2. Anzeigepflichtiges und genehmigungspflichtiges Gewerbe 34
3. Kontrolle von Organisation und Marktverhalten, Infrastrukturgewährleistung 36
4. Staatliche Marktteilnahme, Privatisierung und Subventionierung 37
Fall 1 Süßigkeitenwerbung 40
Vorüberlegungen 44
Gliederung 45
Lösung 49
II. Zuständigkeit der EU 50
III. Rechtsgrundlage: Art. 168 Abs. 5 AEUV 51
IV. Art. 114 AEUV – Harmonisierung im Binnenmarkt 53

1. Reichweite des Art. 114 AEUV 54
2. Abbau von Behinderungen der Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts 58
3. Ergebnis 64
V. Art. 53 Abs. 1 AEUV iVm Art. 62 AEUV 65
VI. Art. 115 AEUV 66
VII. Art. 352 AEUV – Flexibilitätsklausel 67
VIII. Verletzung des Subsidiaritätsprinzips, Art. 5 Abs. 3 EUV 69
1. Ausschließliche Zuständigkeit der Union? 70
2. „Nicht ausreichend" auf mitgliedstaatlicher Ebene; „besser" auf Unionsebene 71
B. Verstoß gegen die Grundrechte 73
II. Meinungsfreiheit 74
2. Eingriff 76
3. Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs 77
4. Ergebnis 80
III. Unternehmerische Freiheit 81
IV. Eigentumsgarantie 83
C. Ergebnis 84
Frage 2 85
A. Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit, Art. 34 AEUV 86
I. Schutzbereich 87
II. Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit 88
III. Rechtfertigung der Beschränkung 91

B. Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV 93
I. Schutzbereich 94
II. Beschränkung 95
III. Rechtfertigung der Beschränkung 96
C. Ergebnis 97
Anmerkungen 98
Fall 2 Die Smokers Lounge 102
Vorüberlegungen 105
Anmerkungen 108
Gliederung 110
Lösung 113
II. Beschwerdegegenstand: Akt öffentlicher Gewalt, § 90 Abs. 1 BVerfGG 115
III. Verfassungsbeschwerdebefugnis, § 90 Abs. 1 BVerfGG 117
IV. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen 119
B. Die Begründetheit der Verfassungsbeschwerde 121
I. Prüfungsmaßstab 122
II. Vereinbarkeit des Rauchverbots mit Art. 12 GG 124
b) Persönlicher Schutzbereich 125
2. Eingriff 126
3. Rechtfertigung des Eingriffs 127
b) Materielle Verfassungsmäßigkeit 130
aa) Die grundsätzliche Zulässigkeit eines 131

Rauchverbots in Gaststätten
bb) Die Systemgerechtigkeit der Ausnahmeregelung 134
III. Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG (gesetzl. Richter) 137
1. EuGH als gesetzlicher Richter 138
2. Verletzung der Vorlagepflicht 139
a) Entscheidungserheblichkeit 140
b) Auslegung des Unionsrechts: Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV 141
aa) Anwendungsbereich 142
bb) Eingriff 143
cc) Rechtfertigung 146
3. Willkürmaßstab 149
Anmerkungen 152
Fall 3 Buy Pälzisch! – Probleme mit der IHK 167
Vorüberlegungen 171
Anmerkungen 174
Gliederung 177
Lösung 182
II. Vereinbarkeit der Zwangsmitgliedschaft mit den Grundrechten 183
a) Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit) 184
b) Art. 9 Abs. 1 GG (Vereinigungsfreiheit) 186
c) Art. 2 Abs. 1 GG (Allgemeine Handlungsfreiheit) 187

2. Persönlicher Schutzbereich: Grundrechtsberechtigung 188
3. Rechtfertigung 189
a) Formelle Verfassungsmäßigkeit des § 2 IHKG 190
b) Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 2 IHKG 191
III. Die Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten 194
2. Eingriff: Maßnahme gleicher Wirkung 197
3. Rechtfertigung: zwingende Gründe des Allgemeininteresses 199
B. Der Kammerbeitrag 201
Aufgabe 2: Der Streit um Werbekampagne und Akteneinsicht 203
2. Statthafte Klageart 205
3. Klagebefugnis 207
4. Klagegegner, Beteiligten- und Prozessfähigkeit 208
5. Zuständigkeit des Gerichts 209
6. Zwischenergebnis 210
II. Die Begründetheit 211
1. Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs 212
2. Kompetenzüberschreitung aufgrund einer Missachtung der einfachgesetzlichen Vorgaben 216
3. Kompetenzüberschreitung wegen Grundfreiheitenverstoßes 220
b) Einschlägige Grundfreiheit: der Schwerpunkt der Maßnahme 222

c) Eingriff und Rechtfertigung 225
4. Verstoß gegen die Berufsfreiheit 227
a) Schutzbereich/Eingriff 228
b) Rechtfertigung 230
5. Fazit 232
B. Der Anspruch auf Auskunft bzw Akteneinsicht 233
2. Statthafte Klageart 234
3. Klagebefugnis 235
4. Klagegegner, Beteiligten- und Prozessfähigkeit 236
II. Die Begründetheit der Klage 237
1. Keine ausdrückliche Regelung 238
2. Ableitung aus der Organstellung 239
Anmerkungen 243
Fall 4 Nahversorgung 261
Marktordnung der Stadt K – Auszug 267
Vorüberlegungen 268
Gliederung 269
Lösung 271
a) Gewerbetreibender hinsichtlich der SOONAHE-Läden 272
b) Gewerbetreibender hinsichtlich des Lieferservices 274
2. Ergebnis 275
Aufgabe 2: Die Unterlassung des Betriebs der Rollenden Läden 276

a) Genehmigungsfiktion (§ 6a GewO) 277
b) Irrelevanz der Wahl der falschen Rechtsgrundlage bei vergleichbaren Ermessenserwägungen 278
c) Reisegewerbekartenfreiheit der Tätigkeit 280
d) Zwischenergebnis 282
2. Unzuverlässigkeit 283
3. Ergebnis 285
Aufgabe 3: Ausschluss von der Teilnahme am Wochenmarkt 286
a) Keine Reisegewerbekartenpflicht für die Teilnahme am Wochenmarkt 287
b) Besonderheiten bei Alkoholausschank 289
2. Ergebnis 290
Anmerkungen 291
Fall 5 Maximale Sicherheit 295
Vorüberlegungen 298
Gliederung 300
Lösung 304
A. Zulässigkeit eines Antrags nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO 305
I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs 306
II. Statthafte Rechtsschutzform 307
III. Beteiligungsfähigkeit der MS Ltd 308
IV. Antragsbefugnis 310
V. Einlegung eines Widerspruchs 313

VI. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis 314
B. Begründetheit eines Antrags nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO 315
I. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung 316
2. Verfahren 317
3. Form 319
II. Interessenabwägung 321
1. Ermächtigungsgrundlage 322
2. Formelle Rechtmäßigkeit 323
b) Verfahren 324
c) Form 325
3. Materielle Rechtmäßigkeit 326
b) Erlaubnisfreiheit wegen Niederlassungsfreiheit? 329
aa) Unmittelbare Anwendung 330
bb) Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit 332
cc) Eingriff in die Niederlassungsfreiheit 334
dd) Rechtfertigung der Beschränkung 336
c) Ermessen 339
4. Besonderes öffentliches Vollzugsinteresse 340
5. Ergebnis 342
C. Gesamtergebnis zum 1. Teil 343
2. Teil: Rechtmäßigkeit des an B gerichteten Bescheids 344
B. Formelle Rechtmäßigkeit 348

II. Verfahren 349
III. Form 351
C. Materielle Rechtmäßigkeit 352
II. B als mit der Leitung des Betriebs beauftragte Person 354
III. Akzessorietät hinsichtlich der untersagten Tätigkeiten 355
IV. Unzuverlässigkeit des B im Hinblick auf die untersagten Tätigkeiten 356
V. Erforderlichkeit 358
VI. Ermessen 360
D. Gesamtergebnis zum 2. Teil 361
Конец ознакомительного фрагмента. 362

Klausurenkurs im Öffentlichen Wirtschaftsrecht

von

Dr. Elke Gurlit Univ.-Professorin an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Dr. Josef Ruthig Univ.-Professor an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Dr. Stefan Storr Univ.-Professor an der Karl-Franzens-Universität Graz sowie apl. Professor an der Technischen Universität Dresden

2. neu bearbeitete Auflage



C.F. Müller

www.cfmueller.de

Impressum

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek

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

ISBN 978-3-8114-6904-4

E-Mail: kundenservice@cfmueller.de

Telefon: +49 89 2183 7923

Telefax: +49 89 2183 7620

www.cfmueller.de

© 2017 C.F. Müller GmbH, Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg

Hinweis des Verlages zum Urheberrecht und Digitalen Rechtemanagement (DRM) Der Verlag räumt Ihnen mit dem Kauf des ebooks das Recht ein, die Inhalte im Rahmen des geltenden Urheberrechts zu nutzen. Dieses Werk, einschließlich aller seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Der Verlag schützt seine ebooks vor Missbrauch des Urheberrechts durch ein digitales Rechtemanagement. Bei Kauf im Webshop des Verlages werden die ebooks mit einem nicht sichtbaren digitalen Wasserzeichen individuell pro Nutzer signiert. Bei Kauf in anderen ebook-Webshops erfolgt die Signatur durch die Shopbetreiber. Angaben zu diesem DRM finden Sie auf den Seiten der jeweiligen Anbieter.

Vorwort

Fünf Jahre nach der ersten Auflage unseres erfolgreichen Klausurenkurses im Öffentlichen Wirtschaftsrecht ist es Zeit geworden für eine Neuauflage. Wir haben einige Fälle ausgetauscht, neue Fälle eingefügt und alle Fälle aus der ersten Auflagean die geltende Rechtslage adaptiert.

Dieser Klausurenkurs versteht sich als Ergänzung zu dem in der Reihe *Schwerpunkte* erschienenen Buch von *Josef Ruthig* und *Stefan Storr* zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht, das inzwischen in der 4. Aufl. (2015) erschienen ist. Alle Autoren lehren mit großer Begeisterung den vielfältigen Stoff des Öffentlichen Wirtschaftsrechts. Die hier präsentierten 20 Fälle sind durchweg Originalklausuren, die im staatlichen Examen und den universitären Prüfungen gestellt wurden.

Das öffentliche Wirtschaftsrecht wird von einigen Studierenden aufgrund der Vielfalt des Stoffes gefürchtet: Zu den klassischen Materien des Gewerberechts und des kommunalen Wirtschaftsrechts ist in den letzten Jahren etwa das Vergaberecht, das Beihilfenrecht und das Recht der Regulierung der Netzwirtschaften getreten. Insbesondere für diese neueren Materien mangelt es an fallmäßigen Aufbereitungen, die erst anschaulich machen, wie das Recht als Problemlösungsinstrument funktioniert. Unser Klausurenkurs soll diese Lücke schließen und Mut machen, sich mit

diesen in wissenschaftlicher wie praktischer Hinsicht höchst zukunftsträchtigen Materien zu beschäftigen. Denn regelmäßig ist nicht technisches Detailwissen entscheidend, sondern ein Verständnis für Regelungsstrukturen und gute Kenntnisse des Europa-, Verfassungs- und allgemeinen Verwaltungsrechts.

Wir haben uns um ein Höchstmaß an Benutzerfreundlichkeit bemüht. Schon das Lehrbuch zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht verweist bei der Erörterung von Rechtsproblemen jeweils auf die hierzu einschlägigen Fälle des Klausurenkurses. Der Klausurenkurs beschränkt sich nicht auf Rückverweise auf das Lehrbuch. Zahlreiche Fälle enthalten darüber hinaus als „Hinweise“ gekennzeichnete fallbezogene Vertiefungen zu dem jeweils erörterten Rechtsproblem und als „Exkurse“ ausgewiesene Anmerkungen, die über den konkreten Fall hinausgehen und eine Problemeinordnung und einen Wissenstransfer ermöglichen sollen. Dass die Fälle in ihrer Präsentation gleichwohl nicht einheitlich sind, lässt sich bei drei Autoren und unterschiedlichen Prüfungskonstellationen, denen die Fälle ihre Entstehung verdanken, weder vermeiden noch ist dies wünschenswert: In aller Regel gibt es eben nicht die einzig richtige Lösung.

Wir schulden zahlreichen Personen Dank, die uns bei dem Buch unterstützt haben. In Mainz halfen die gemeinsame Sekretärin *Petra Michaela Kirchmayer*, die wissenschaftlichen Mitarbeiter *Ali Günes* und *Erik Sollmann* (Lehrstuhl Gurlit) sowie *Fabian Dechent, Fabian Handrich, Peter Henningsen,*

Dr. Christian Klein, Samuel Meyer-Oldenburg sowie stud. iur. *Sebastian Endres und Yasmin Treber* (Lehrstuhl Ruthig). In Graz geht der Dank an die studentische Mitarbeiterin *Emilia Moshammer*.

Wir sind gespannt auf Rückmeldungen aus der Leserschaft. Über Lob, Anregungen und Kritik freuen sich *Elke Gurlit* (gurlit@uni-mainz.de), *Josef Ruthig* (ruthig@uni-mainz.de) und *Stefan Storr* (stefan.storr@uni-graz.at).

Mainz und Graz, im August 2017

Elke Gurlit

Josef Ruthig

Stefan Storr

Inhaltsverzeichnis

Vorwort
Abkürzungsverzeichnis
Literaturverzeichnis
Einführung
Fall 1 Süßigkeitenwerbung
Schwierigkeitsgrad: Examensklausur (5 Stunden)– Storr Erlass einer EU-Verordnung zur Harmonisierung von Binnenmarktvorschriften (Art. 114 AEUV) – Subsidiaritätsprinzip – Flexibilitätsklausel Art. 352 AEUV – Prüfung europäischer Grundrechte – Prüfung der Warenverkehrsfreiheit – Prüfung der Dienstleistungsfreiheit
Fall 2 Die Smokers Lounge
Schwierigkeitsgrad: Examensklausur (5 Stunden)– Ruthig Zulässigkeit und Begründetheit einer Verfassungsbeschwerde – Vereinbarkeit eines gesetzlichen Rauchverbots mit Art. 12 Abs. 1 GG und den Grundfreiheiten – Gesetzlicher Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) und Vorlagepflicht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV – Willkürrechtsprechung – Die *Keck*-Rechtsprechung iRd Niederlassungsfreiheit
Fall 3 Buy Pälzisch! – Probleme mit der IHK
Schwierigkeitsgrad: Examensklausur (5 Stunden)– Ruthig Zulässigkeit und Begründetheit einer allgemeinen Leistungsklage – Vereinbarkeit einer Zwangsmitgliedschaft in einer

Handwerkskammer mit Grundrechten und Grundfreiheiten – Unterlassungsanspruch eines Vollversammlungsmitglieds gegen die Kammer – Kompetenzen einer Handelskammer – Anspruch auf Auskunft und Akteneinsicht

Fall 4 Nahversorgung

Schwierigkeitsgrad: mittel (3 Stunden)– Ruthig Grundstrukturen des Gewerberechts – Gewebebegriff und Zuverlässigkeit – Verzahnung von stehendem und Reise- sowie Marktgewerbe – Gewerbeanzeige nach § 14 GewO – Einschreiten gegen erlaubnisfreies Reisegewerbe nach § 59 GewO – Marktfestsetzung und gewerberechtliche Erlaubnisse

Fall 5 Maximale Sicherheit

Schwierigkeitsgrad: Examensklausur (3 Stunden)– Gurlit Zulässigkeit und Begründetheit eines Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs – Begriff und Genehmigungsbedürftigkeit des Bewachungsgewerbes nach § 34a GewO – Auswirkungen der Niederlassungsfreiheit auf gewerberechtliche Genehmigungserfordernisse – Untersagung der Gewerbeausübung nach § 35 Abs. 7a GewO – Erweiterte Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 S. 2 GewO

Fall 6 Der Adventsmarkt

Schwierigkeitsgrad: Examensklausur (5 Stunden)– Ruthig Gewerberecht – Zulässigkeit und Begründetheit eines Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz nach § 123 VwGO – Tatbestandvoraussetzungen des § 70 GewO – Zulässigkeit

einer Standvergabe durch Losverfahren – Vereinbarkeit eines Marktausschlusses mit der Warenverkehrsfreiheit – Unionsrechtliche Anforderungen an das Vergabeverfahren

Fall 7 Eine windige Kfz-Werkstatt

Schwierigkeitsgrad: Abschlussklausur (3 Stunden)– Gurlit Zulässigkeit eines Antrags auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs – Untersagung der Handwerksausübung nach § 16 Abs. 3 HwO – zulassungspflichtiges Handwerk nach § 1 Abs. 2 HwO – Neben- und Hilfsbetriebe – Eintragungsvoraussetzungen nach §§ 7, 7b HwO – Zulässigkeit eines Widerspruchsverfahrens – Voraussetzungen einer Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 GewO – Erstreckung einer Gewerbeuntersagung nach § 35 Abs. 1 S. 2 GewO

Fall 8 Chimney Sweep

Schwierigkeitsgrad: Examensklausur (3 Stunden)– Ruthig Handwerksrecht – Rechtmäßigkeit einer handwerksrechtlichen Untersagungsverfügung nach § 16 Abs. 2 HwO – Verhältnismäßigkeitsprüfung bei formeller Illegalität – Abgrenzung von HwO und GewO beim Reisehandwerk – Tatbestandsvoraussetzungen des § 4 GewO – Umgehungsverbot § 4 Abs. 2 S. 1 GewO – Ausnahmebewilligung nach § 1 EU/EWR-HwVO und unselbstständige Tätigkeit

Fall 9 NetMayence

Schwierigkeitsgrad: Abschlussklausur (3 Stunden)– Gurlit Telekommunikationsrecht – Sachentscheidungsvoraussetzungen

einer Nichtigkeitsklage nach Art. 263 Abs. 4 AEUV – Ausschluss isolierten Rechtsschutzes gegen behördeninterne Maßnahmen nach § 13 Abs. 5 TKG – Zulässigkeit und Begründetheit eines Antrags nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 1 VwGO – Anwendung von §§ 45, 46 VwVfG auf Anhörungsmängel – Prüfungsmaßstab bei unionsrechtlich determinierten Behördenentscheidungen – Ermessen und Regulierungsermessen

Fall 10 Die Taxi Mainz GmbH

Schwierigkeitsgrad: Abschlussklausur (3 Stunden)– Ruthig Telekommunikationsrecht – Meldepflichten nach § 6 Abs. 1 bzw § 55 Abs. 6 S. 2 TKG – Rechtsschutz gegen die Aufforderung zur Anzeige – Rechtmäßigkeit eines Widerrufs einer Frequenzzuteilung – Verstoß gegen Verpflichtungen aus der Frequenzzuteilung gem. § 63 Abs. 2 TKG – Mangelnde wirtschaftliche Leistungsfähigkeit – Ermessen – Verhältnismäßigkeit – Anwendung der Grundsätze des abgestuften Verfahrens aus § 126 TKG

Fall 11 Agropower

Schwierigkeitsgrad: Examensklausur (3 Stunden)– Ruthig Energierecht – Zulässigkeit und Begründetheit einer einstweiligen Anordnung nach § 77 Abs. 3 S. 4 EnWG – Anzeigepflicht eines Energieversorgungsunternehmens – Unzuverlässigkeit – wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gem. § 5 S. 3 EnWG – Anspruch auf Einschreiten der Regulierungsbehörde nach § 30 Abs. 2 EnWG – Anspruch auf

Netzzugang – Grenzen des Zugangsanspruchs – Drittschutz – Regulierungsermessen

Fall 12 Tücken der Privatisierung

Schwierigkeitsgrad: einfach (3 Stunden)– Storr Zulässigkeit einer Klage einer Gemeinde gegen einen Landkreis wegen Amtshaftung aus § 839 BGB iVm Art. 34 GG – Amtspflichtverletzung der kommunalen Aufsichtsbehörde durch unzureichende Prüfung eines genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäfts gegenüber einer Gemeinde – Verstoß gegen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit – Mitverschulden des Bürgermeisters

Fall 13 Der kommunale Freizeitpark

Schwierigkeitsgrad: Abschlussklausur (3 Stunden)– Ruthig Recht der öffentlichen Unternehmen und Beteiligung Privater – Rechtmäßigkeit kommunaler wirtschaftlicher Betätigung und der Beteiligung an gemischtwirtschaftlichen Unternehmen – Zulässigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Konkurrentenklage – Drittschutz – Baukonzession/Abgrenzung zum Bauauftrag – Ausschreibungspflichten aus Vergabe- und Beihilfenrecht

Fall 14 Fall „Kein Tröpfchen Wasser ...“

Schwierigkeitsgrad: Examensklausur (5 Stunden)– Storr Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 VwGO durch Verwaltungsgericht – Zulässigkeit eines Widerspruchs – öffentlich-rechtliches Zurückbehaltungsrecht – Anspruch auf Trinkwasserversorgung durch kommunalen Betrieb – Prüfung der Niederlassungsfreiheit

und der Warenverkehrsfreiheit – Ausübung öffentlicher Gewalt iSv Art. 51 AEUV

Fall 15 Sparkasse in Concert

Schwierigkeitsgrad: Examensklausur (3 Stunden)– Gurlit Begriff des öffentlichen Auftraggebers – Rechtsstellung der Sparkassen – Anwendbarkeit des Lauterkeitsrechts auf die öffentliche Hand – Wettbewerbsverstöße nach §§ 3, 4 UWG – Zulässigkeit eines Antrags auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs – Regelungswirkung einer bankaufsichtlichen Verwarnung nach § 36 Abs. 2 KWG – Anwendungsbereich von § 44a VwGO

Fall 16 Fluggutscheine

Schwierigkeitsgrad: Examensklausur (5 Stunden)– Ruthig Beihilferecht – Prüfung eines zivilrechtlichen Vertrags – Beihilfebegriff – Legal- und Ermessensausnahmen nach Art. 107 Abs. 3 AEUV – Zulässigkeit einer Konkurrentenklage (Nichtigkeitsklage) vor dem EuG – Rechtsschutz gegen eine formlose Mitteilung der Kommission – Rückforderung einer vertraglich gewährten Beihilfe – Rechtmäßigkeit des Rückforderungsbescheides – Vertrauensschutz – Aufhebungsanspruch im Verwaltungsprozess

Fall 17 Staatshilfen für Privatschulen

Schwierigkeitsgrad: mittel (3 Stunden) – Storr Zusicherung § 38 VwVfG – Herleitung eines Subventionsanspruchs – einstweiliger Rechtsschutz § 123 VwGO – Widerruf und Rückforderung einer Subvention – Anfechtungsklage

Fall 18 „Kein Alkohol ist auch keine Lösung“: Staatlich gesponserter Weinbau

Schwierigkeitsgrad: Abschlussklausur (3 Stunden) – Gurlit Klage gegen einen Aufhebungs- und Rückforderungsbescheid – Begründung einer zuwendungsrechtlichen Vergaberechtspflicht durch Auflage – Fristlauf für den Widerruf eines Subventionsbescheids – Anforderungen an die Ermessensausübung bei Auflagenverstoß – Beihilfenbegriff – parafiskalische Abgaben als staatliche Mittel

Fall 19 Kasernenverkauf

Schwierigkeitsgrad: mittel (3 Stunden)– Storr Öffentlicher Auftraggeber – Bauauftrag – Baukonzession – Grundstücksverkauf als Beihilfe – Notifizierung – Inhouse-Vergabe

Fall 20 Gemeinsame kommunale Anstalten: Joint Venture und Joint Inhouse

Schwierigkeitsgrad: Examensklausur (3 Stunden)– Gurlit Joint Inhouse-Vergabe – Kontroll- und Wesentlichkeitskriterium – Zulässigkeit eines Feststellungsantrags vor der Vergabekammer – Kommunalwirtschaftsrechtliche Zulässigkeit – Gesamtrechtsnachfolge bei der Errichtung kommunaler Unternehmen – Beihilfencharakter der Gewährträgerhaftung für Anstalten

Sachverzeichnis

Einführung
I. Öffentliches Wirtschaftsrecht in der juristischen Ausbildung

1

Öffentliches Wirtschaftsrecht ist – mit unterschiedlicher Schwerpunktsetzung – **Gegenstand universitärer Schwerpunktbereiche an allen juristischen Fakultäten**. Im Zentrum des Rechtsgebiets steht die staatliche Aufsicht über die Wirtschaft: Traditionell wird hauptsächlich das **Gewerberecht** (einschließlich des Gaststätten- und Handwerksrechts) behandelt. Es wird aber zunehmend ergänzt durch „moderne" Formen der Wirtschaftsaufsicht bzw -regulierung, vor allem auf dem Gebiet der **Telekommunikation, der Energiewirtschaft sowie der Finanzmärkte**. Auch durch **Subventionen und Beihilfen oder durch die Vergabe öffentlicher Aufträge** kann der Staat lenkend eingreifen oder als Marktteilnehmer auftreten. Die staatliche Marktteilnahme lässt sich längst nicht mehr als „Fiskalhandeln" begreifen, sondern ist Gegenstand unterschiedlicher Rechtsmaterien (Recht der öffentlichen Unternehmen, Privatisierung, Vergaberecht). Diese Auswahl, die sich als „Kanon" des öffentlichen Wirtschaftsrechts in der juristischen Ausbildung durchgesetzt hat, liegt dem vorliegenden Klausurenkurs zugrunde. Fälle finden sich zu allen

angesprochenen Materien.

Für Klausuren **im staatlichen Teil des Examens** ist öffentliches Wirtschaftsrecht ebenso beliebt. Sofern nicht Teilbereiche wie das Gewerberecht ausdrücklich zum Pflichtstoff gehören, geht es dort selbstverständlich weniger um wirtschaftsrechtliche Details als um verwaltungs- und vor allem verfassungs- und europarechtliche Grundlagen. Dass sich das öffentliche Wirtschaftsrecht insoweit als **zentrales Referenzgebiet des Europa-, Verwaltungs- und Verfassungsrechts** etabliert hat, spiegelt sich zunehmend in der Klausurpraxis wider. Im Zentrum steht oft eine Prüfung der Berufsfreiheit (Art. 12 GG); bei Gewerbetreibenden aus dem EU-Ausland selbstverständlich auch die Vereinbarkeit hoheitlicher Markt- und Tätigkeitsbeschränkungen mit den **Grundfreiheiten**. Diese Grundlagen prägen immer stärker auch die wirtschaftsrechtliche Detaildiskussion. Wohl kein Rechtsgebiet ist so sehr **konkretisiertes Verfassungs- und Europarecht** wie das öffentliche Wirtschaftsrecht. Viele der Klausurfälle eignen sich daher auch zur Vorbereitung für öffentlichrechtliche **Klausuren im Pflichtfachbereich**.

II. Zur Arbeit mit diesem Klausurenkurs

2

Die nachfolgenden Fälle spiegeln die Vielfalt der Materie wider. Sie decken das **öffentliche Wirtschaftsrecht** weitgehend ab. Dazu gehören selbstverständlich die „klassischen" Materien des Gewerbe- und Handwerksrechtsbei denen neben der Darlegung der **Grundbegriffe** die **aktuellen Probleme** im Mittelpunkt stehen, da die Europäisierung auch in diesem Bereich des öffentlichen Wirtschaftsrechts zu einer markanten Problemverlagerung. Außerdem legt der Klausurenkurs einen besonderen Schwerpunkt auf diejenigen Rechtsgebiete, die sich erst durch die Schwerpunktausbildung als Klausurstoff etabliert haben, so dass die Auswahl an Übungsfällen in der Ausbildungsliteratur noch eher beschränkt ist. Dies gilt nicht nur für das Telekommunikations- und Energierecht *(Fälle 9–11)*, sondern in besonderer Weise für die **staatliche** Beteiligung am Wirtschaftsleben, das Vergaberecht sowie das Subventions- und Beihilferecht, bei denen ein besonderes Augenmerk auf ihrer Verzahnung liegt *(Fälle 13–20)*.

Der Klausurenkurs richtet sich entsprechend dem Konzept der gesamten Reihe vor allem an Examenskandidaten, die sich auf die **öffentlichrechtlichen Pflicht- und vor allem Schwerpunktklausuren** vorbereiten wollen, sowie an Referendare, die sich einen kompakten Überblick über

examensrelevante Materien verschaffen wollen. Er setzt deswegen solide Grundkenntnisse im Europa-, Verfassungs- und Verwaltungsrecht und besonders im Prozessrecht voraus, hilft selbstverständlich aber auch dabei, diese am Beispiel des Wirtschaftsrechts zu vertiefen. Detailkenntnisse des öffentlichen Wirtschaftsrechts sind demgegenüber nicht erforderlich. Durch die bewusst **ausführlichen Vorüberlegungen** und deren Verzahnung mit dem Lehrbuch (*Ruthig/Storr*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl 2015) werden die Lösungen auch für solche Leser erschlossen, die sich den Stoff erstmalig erarbeiten.

Sehr häufig adaptieren die Klausursachverhalte die **aktuelle Rechtsprechung**. Damit wird nicht nur die Aktualität der Fälle gewährleistet, sondern vor allem gezeigt, dass selbst die vermeintlich neuen Rechtsprobleme der Praxis mit Grundlagenkenntnissen und einer soliden juristischen Arbeitstechnik zu lösen sind.

III. Grundstrukturen des öffentlichen Wirtschaftsrechts

3

Der besondere Reiz und gleichzeitig die besondere Schwierigkeit des öffentlichen Wirtschaftsrechts liegt darin, dass in allen behandelten Rechtsgebieten immer wieder die gleichen Grundthemen des öffentlichen Rechts auftauchen. Dies folgt nicht nur aus den vom allgemeinen Verwaltungsrecht vorgegebenen öffentlichrechtlichen Handlungsformen und dem daran anknüpfenden Rechtsschutz. Das gesamte abgestufte Eingriffsinstrumentarium und die gewerberechtlichen Grundbegriffe konkretisieren letztlich das **Verhältnismäßigkeitsprinzip** und dienen damit der **Verwirklichung von Grundfreiheiten und Grundrechten**. Wichtiger als wirtschaftsverwaltungsrechtliches Detailwissen ist die **Kenntnis dieser Grundstrukturen**, liefern diese doch regelmäßig auch den „Einstieg" in die Fallbearbeitung. Die Lösung von Fällen bereitet nicht aufgrund mangelnder Kenntnis von Detailproblemen Schwierigkeiten, sondern weil die einzelnen Ermächtigungsgrundlagen miteinander vermengt, gewerberechtliche Grundbegriffe (insb der Gewerbebegriff und die Unzuverlässigkeit) verkannt oder die Schnittstellen zum allgemeinen Verwaltungs- und -prozessrecht nicht gesehen werden. Hier leistet dieser Klausurenkurs entscheidende

Hilfestellung, indem er die **gängigen Fragestellungen exemplarisch behandelt**.

1. Gewerberechtliche Grundbegriffe

Unverzichtbar ist mithin die Kenntnis der „Schlüsselbegriffe“ des öffentlichen Wirtschaftsrechts, die gerade nicht gesetzlich definiert, sondern von der Rechtsprechung entwickelt wurden. Über die Anwendbarkeit der öffentlichrechtlichen Vorschriften entscheidet regelmäßig der **Begriff der „Gewerbsmäßigkeit“**. Besonderer Aufmerksamkeit bedarf aber auch die Person des Gewerbetreibenden *(Fall 4)*, vor allem auch bei juristischen Personen in ausländischer Rechtsform *(Fälle 3, 5, 8)*. Ein Einschreiten der Behörde setzt typischerweise den Verstoß gegen konkrete Pflichten des jeweiligen Fachgesetzes voraus, knüpft aber häufig auch an den **Begriff der „Unzuverlässigkeit“** an *(Fälle 4, 5, 6, 7, 11)*. Gerade beim genehmigungsbedürftigen Gewerbe stellt sich zudem die Frage nach dem **Verhältnis der speziellen Vorschriften–** insbesondere über Rücknahme und Widerruf von Genehmigungen – zum allgemeinen Verwaltungsrecht *(Fall 9, 10)*. Das Marktgewerberecht stellt einen Klassiker für staatliche Allokationsentscheidungen dar *(Fall 6)*.

2. Anzeigepflichtiges und genehmigungspflichtiges Gewerbe

Die entscheidende Weichenstellung für die Klausur erfolgt bei der **Differenzierung nach anzeige- und genehmigungspflichtigen Tätigkeiten**. Die Abgrenzung ergibt sich aus dem jeweiligen Gesetz, wobei für die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung Ausnahmen von der an sich bestehenden Genehmigungspflicht vorgesehen sind *(Fall 8)*.

Nach dem Vorbild von § 14 GewO kennen auch das Telekommunikations- und Energierecht Anzeigepflichten *(vgl Fälle 10, 11)*. Typische Klausurkonstellationen betreffen nicht nur den jeweiligen **Anwendungsbereich der Vorschriften**, sondern auch die Frage der **Durchsetzung von Anzeigepflichten**. Da der Verstoß gegen Anzeigepflichten nicht automatisch zur Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden führt, ist in dieser Konstellation ein Einschreiten gegen die Tätigkeit als solche regelmäßig ausgeschlossen *(Fäll 4 und 11)*.

Das genehmigungsbedürftige Gewerbe befindet sich insgesamt vor allem wegen der unionsrechtlichen Liberalisierungsbemühungen eher auf dem Rückzug. Gleichwohl liefert es mit dem **Gewerbe- und Handwerksrecht** examensrelevante Klausurkonstellationen *(Fälle 4, 5, 7, 8)*. Aber auch die Frequenznutzung durch Einzelzuteilung nach

§ 55 Abs. 3 TKG *(Fall 10)* und das Betreiben von Energieversorgungsnetzen *(Fall 11)* folgen dem Grundmodell des genehmigungsbedürftigen Gewerbes. Die Klausuren betreffen entweder **Rücknahme oder Widerruf** einer Genehmigung *(Fall 10)* oder das **Einschreiten** gegen eine ohne die erforderliche Genehmigung aufgenommene Tätigkeit *(Fälle 5, 7, 8)*. Standardkonstellationen sind Anfechtungsklagen gegen die Untersagung einer nicht erlaubten Tätigkeit, Verpflichtungsklagen auf Erteilung der erforderlichen Genehmigung bzw der Rechtsschutz gegen Nebenbestimmungen. Drittanfechtungsklagen von Konkurrenten scheitern grundsätzlich an Art. 12 GG, der keinen Schutz vor Konkurrenz bietet. Denkbar ist auch, dass die Behörde die Genehmigungsbedürftigkeit einer Tätigkeit feststellt oder gesetzliche Pflichten in einem VA konkretisiert, wogegen mit der Anfechtungsklage vorgegangen werden kann. Nicht selten stellt sich die Frage, ob die Genehmigungsbedürftigkeit mit **unionsrechtlichen Anforderungen** vereinbar ist *(Fälle 5, 8)*, sofern nicht bereits das nationale (und richtliniengeprägte) Recht ausdrücklich Ausnahmen vorsieht (zur Dienstleistungsrichtlinie und § 4 GewO sowie zur Berufsanerkennungsrichtlinie und Handwerksrecht *Fall 8*).

3. Kontrolle von Organisation und Marktverhalten, Infrastrukturgewährleistung

Nicht auf die gewerberechtlichen Grundstrukturen zurückführen lässt sich die Zugangs- und Entgeltregulierung vor allem in den sog. Netzwirtschaften *(Fälle 9, 11)*. In allen Konstellationen bedarf die **Frage nach der Rechtsgrundlage** besonderer Prüfung. Die am gewerberechtlichen Vorbild orientierten Generalklauseln der jeweiligen Fachgesetze können diese nur bedingt liefern. Zudem weisen diese Materien vielfach **prozessuale Besonderheiten** auf. Entscheidungen der BNetzA sind hinsichtlich des Telekommunikationsrechts den Verwaltungsgerichten *(Fälle 9, 10)*, hinsichtlich des Energiewirtschaftsrechts den ordentlichen Gerichten zugewiesen *(Fall 11)*.

4. Staatliche Marktteilnahme, Privatisierung und Subventionierung

Die Grenzen zwischen staatlicher Aufsicht, Lenkung und Marktteilnahme verlaufen fließend, nutzt doch der Staat die Marktteilnahme bisweilen aktiv zur Steuerung eines Marktes und kann allein die bloße Marktteilnahme eines „marktmächtigen" Akteurs einen Markt beeinflussen. Sowohl in den Fällen staatlicher Marktbeeinflussung (zu einer Werbekampagne der IHK *Fall 3*) wie auch der staatlichen Marktteilnahme stellt sich die **Frage nach Abwehransprüchen**, die entweder als **öffentlichrechtlicher Unterlassungsanspruch** in den Grundrechten wurzeln oder sich aus einfachgesetzlichen Vorschriften ergeben können *(Fälle 3, 13, 15)*. Vor allem bei Klagen gegen die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand bedarf die **Klagebefugnis privater Konkurrenten** besonderer Prüfung.

In Fallkonstellationen, denen eine **Privatisierung** zugrunde liegt, sind nicht selten Grundkenntnisse des Verfassungs- und des allgemeinen Verwaltungsrechts gefragt. Hier ist es wichtig zu erkennen, dass es verschiedene Formen von Privatisierung gibt – überwiegend wird zwischen formeller, materieller und funktioneller Privatisierung unterschieden – und sich die öffentliche Hand durch eine „Flucht ins Privatrecht" nicht (immer) ihrer öffentlich-rechtlichen

Bindungen entledigen kann. Zumeist wird es im Fall darum gehen, die maßgeblichen verwaltungsprivatrechtlichen Vorgaben und das für den Fall besondere Rechtsregime herzuleiten *(Fälle 13, 14)*. Nicht selten sind Privatisierungs-Fallkonstellationen ganz „eigenwillig", etwa wenn eine Gemeinde für eine fehlgeschlagene Privatisierung Schadensersatz von Land wegen unzureichender Kommunalaufsicht verlangt *(Fall 12)*, weshalb die „Sattelfestigkeit" in den Grundstrukturen des öffentlichen Rechts hier besonders wichtig ist. Bei **Beihilfen** ist wegen ihrer wettbewerbsverzerrenden Wirkung regelmäßig die europarechtliche Zulässigkeit nach Art. 107, 108 AEUV zu prüfen *(Fälle 16, 18, 20)*. Im nationalen Kontext ist die Herleitung eines Anspruchs auf eine Förderung eine rechtsdogmatische Herausforderung. Dabei kann, genauso wie bei der Rückforderung, in prozessualer Hinsicht die „Zwei-Stufen-Theorie" eine zentrale Rolle spielen. Die besondere Schwierigkeit ergibt sich daraus, dass die Behörde bei der Subventionsvergabe grds. zwischen Subventionsbescheid, öffentlichrechtlichem und zivilrechtlichem Vertrag wählen kann. Aus der Handlungsformenwahl ergibt sich als „Kehrseite" daraus auch das Rückforderungsregime. Während sich bei Subventionsbescheiden die Rückforderung – auch im Fall einer europarechtswidrig gewährten Beihilfe – nach §§ 48, 49, 49a VwVfG bestimmt *(Fälle 17 und 18)*, liefert bei zivilrechtlichen Verträgen das Bereicherungsrecht den Ausgangspunkt, wird allerdings tlw von öffentlichrechtlichen

Vertrauensschutzgesichtspunkten überlagert *(Fall 16)*.

Die öffentliche Hand nimmt schließlich durch ihr Nachfrageverhalten am Markt teil. Auch hier geht es nicht darum, die Details der Vergabeverordnung zu kennen, sondern die Grundstrukturen zu beherrschen und sich im undurchsichtigen Normengeflecht des Vergaberechts zurechtzufinden. Regelmäßig werden vor allem drei große Fragenkreise angesprochen sein: die Untersuchung eines Sachverhalts darauf, ob eine vergaberechtsrelevanter Vorgang vorliegt, die Ordnungsgemäßheit der Durchführung eines Vergabeverfahrens und Fragen nach dem vergaberechtlichen Rechtsschutz *(Fall 20)*. Deshalb ist es wichtig, den Grundaufbau zur Prüfung eines vergaberechtlichen Vorgangs zu kennen *(Fälle 15, 19)*. Nicht selten sind vergaberechtliche Fragen in übergreifende Fragenkomplexe eingebettet (zu einer Amtshaftungskonstellation *Fall 12*; zum Zusammenspiel von Vergabe- und Beihilfenrecht *Fälle 13, 18 und 19*).

Fall 1 Süßigkeitenwerbung

Inhaltsverzeichnis

Vorüberlegungen
Gliederung
Lösung

4

Der Konsum von Süßigkeiten ist in Mitgliedstaaten der Europäischen Union in den letzten Jahren erheblich gestiegen. Jeder zehnte Europäer soll bereits übergewichtig und deshalb gesundheitlich gefährdet va im Hinblick auf Stoffwechselerkrankungen und Zahnkrankheiten sein. Um dem zu begegnen, haben einige Mitgliedstaaten sehr strenge Werbeverbote für Süßigkeiten (Gummibärchen, Schokoriegel, Bonbons, Lutscher, Speiseeis) erlassen. Andere Mitgliedstaaten wollen hingegen weiterhin eine liberale Gesundheitspolitik betreiben, in wieder anderen wird noch darüber diskutiert, ob Werbeverbote eingeführt werden sollen oder andere Schutzmaßnahmen getroffen werden können. Der Rat hält eine Förderung des Gesundheitsschutzes zwar für geboten, sieht die unterschiedliche Entwicklung in den Mitgliedstaaten aber kritisch.

In der Folge beschließt der Rat einstimmig auf Vorschlag der Kommission, nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses und nach

Zustimmung des Parlaments eine *„Verordnung zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Werbung zugunsten von Süßigkeiten ‚Süßigkeitenwerbeverbotsverordnung'"*. Danach darf für Süßigkeiten künftig generell nicht mehr geworben werden. Das Verbot ist umfassend und bezieht sich auf Anzeigen und Inserate in der Presse (Zeitungen und Zeitschriften), Rundfunkwerbung, Kinowerbung, Plakate, Broschüren und andere Werbeträger, wie zB auf Sonnenschirmen oder Fahnen vor Restaurants und Cafés, sowie auf werbebezogene Informationsveranstaltungen.

In den Erwägungen heißt es, dass diese Regelung dem Gesundheitsschutz diene; vor allem Kinder und Jugendliche seien vor den Gefahren des übermäßigen Süßigkeitenkonsums zu schützen. Außerdem stellten unterschiedliche nationale Regelungen zur Zulässigkeit von Werbung für Süßigkeiten Hemmnisse für den freien Warenverkehr und den Dienstleistungsverkehr dar und könnten zu Wettbewerbsverzerrungen im Binnenmarkt führen. Es bestehe die Gefahr, dass einige Mitgliedstaaten ihre Gesundheitspolitik künftig noch verschärfen, was zu weiteren Wettbewerbsverzerrungen führen könne.

Daher müsse das Süßigkeitenwerbeverbot umfassend sein. Damit der Absatz von Süßigkeiten reduziert wird, müssten sämtliche Waren und Dienstleistungen untersagt werden, die ausschließlich die Funktion der Werbung für Süßigkeiten haben (Plakate, Kinowerbung) sowie solche, die nicht ausschließlich als

Medien für die Werbung zur Absatzsteigerung von Süßigkeiten (zB Zeitungen und Zeitschriften) dienen.

Die Bayerische Industrie- und Handelskammer lehnt die Süßigkeitenwerbeverbotsverordnung ab. Sie bezweifelt bereits die Kompetenz der EU für den Erlass eines derart umfassenden Süßigkeitenwerbeverbots. Damit würden nicht nur die Produzenten der Süßigkeiten, sondern auch Werbeagenturen und Presseunternehmen, die zB Tageszeitungen mit Werbung für Süßigkeiten vertreiben, erheblich betroffen. Diese Verordnung beseitige keine Hemmnisse des Binnenmarkts, sondern schaffe neue Beschränkungen. Die Union berücksichtige auch nicht, dass die Ein- und Ausfuhr von Presseerzeugnissen, die Werbung für Süßigkeiten enthalten, gegenwärtig auch in solchen Mitgliedstaaten zulässig ist, in denen diese Werbung grundsätzlich untersagt ist. Schließlich stehe einer europarechtlichen Harmonisierung Art. 168 Abs. 5 AEUV sowie das Subsidiaritätsprinzip entgegen. Ferner wären die Hersteller von Süßigkeiten, Presseunternehmen und Werbeagenturen erheblich in ihren Grundrechten betroffen.

Frage 1: Die Bayerische Industrie- und Handelskammer möchte wissen, ob die Süßigkeitenwerbeverbotsverordnung mit Unionsrecht vereinbar ist.

Frage 2: Unterstellt, die europäische Süßigkeitenwerbeverbotsverordnung ist nichtig. Wäre ein deutsches Süßigkeitenwerbeverbotsgesetz, das wie die europäische Süßigkeitenwerbeverbotsverordnung ein absolutes

Werbeverbot für Süßigkeiten regelt, unionsrechtskonform?

Bearbeitervermerk:

Alle aufgeworfenen Rechtsfragen sind – gegebenenfalls hilfsweise – rechtsgutachterlich zu erörtern.

Anmerkung:

Auf geltende Richtlinien und Verordnungen der EU ist nicht einzugehen.

Vorüberlegungen

5

Der Fall ist (modifiziert) im ersten Staatsexamen gestellt worden. Der erste Fragenkreis betrifft das System der europäischen Rechtsetzungskompetenzen, die der EuGH maßgeblich in zwei Entscheidungen zum Tabakwerbeverbot entwickelt hat. Im Lissabonner Vertrag ist die Abgrenzung der Kompetenzen von Union und Mitgliedstaaten grundlegend geregelt worden. Zu prüfen sind spezifische Rechtssetzungsbefugnisse der Union zum Gesundheitsschutz und zum Binnenmarkt sowie die Flexibilitätsklausel und weitere Anforderungen wie das Subsidiaritätsprinzip. Ein weiterer Schwerpunkt liegt in der europäischen Grundrechtsdogmatik. Der zweite Teil betrifft Standardfragen der Prüfung von Grundfreiheiten.

Fall 1 Süßigkeitenwerbung › Gliederung

Gliederung

6

Frage 1			
A.	Zuständigkeit der EU zum Erlass des Süßigkeitenwerbeverbots		
	I.	Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung	
	II.	Zuständigkeit der EU	
	III.	Rechtsgrundlage: Art. 168 Abs. 5 AEUV	
	IV.	Art. 114 AEUV – Harmonisierung im Binnenmarkt	
		1.	Reichweite des Art. 114 AEUV
		2.	Abbau von Behinderungen der Funktionsfähigk des Binnenmarkts

		3.	Ergebnis
	V.	Art. 53 Abs. 1 AEUV iVm Art. 62 AEUV	
	VI.	Art. 115 AEUV	
	VII.	Art. 352 AEUV – Flexibilitätsklausel	
	VIII.	Verletzung des Subsidiaritätsprinzips, Art. 5 Abs. 3 EUV	
		1.	Ausschließliche Zuständigkeit der Union?
		2.	„Nicht ausreichend“ auf mitgliedstaatlich Ebene; „besser“ auf Unionsebene
B.	Verstoß gegen die Grundrechte		
	I.	Rechtsgrundlage der europäischen Grundrechte	
	II.	Meinungsfreiheit	

		1.	Schutzbereich
		2.	Eingriff
		3.	Rechtfertigung des Grundrechtseing
		4.	Ergebnis
	III.	Unternehmerische Freiheit	
	IV.	Eigentumsgarantie	
C.	Ergebnis		
Frage 2			
A.	Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit, Art. 34 AEUV		
	I.	Schutzbereich	
	II.	Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit	
	III.	Rechtfertigung der Beschränkung	
B.	Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV		
	I.	Schutzbereich	
	II.	Beschränkung	
	III.	Rechtfertigung der	

		Beschränkung
C.	Ergebnis	

Lösung
Frage 1
A. Zuständigkeit der EU zum Erlass des Süßigkeitenwerbeverbots
I. Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung

7

Die Bayerische Industrie- und Handelskammer rügt in erster Linie die fehlende Kompetenz der Union zum Erlass des beanstandeten Süßigkeitenwerbeverbots. Wegen des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung, Art. 5 Abs. 1 und 2 EUV, wird die Union nur innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit tätig. Deshalb ist zunächst zu untersuchen, ob die Union für den Erlass der Süßigkeitenwerbeverbotsverordnung zuständig ist.

II. Zuständigkeit der EU

8

Eine ausschließliche Zuständigkeit der Union i.S.v. Art. 3 AEUV ist nicht erkennbar. Im Rahmen der geteilten Zuständigkeit (Art. 4 AEUV) erstreckt sich die Zuständigkeit der Union auf gemeinsame Sicherheitsanliegen im Bereich der öffentlichen Gesundheit hinsichtlich der im Vertrag genannten Aspekte (Art. 4 Abs. 2 lit. k AEUV). Sicherheitsanliegen werden mit der Süßigkeitenwerbeverbotsverordnung nicht geregelt. Art. 6 lit. a AEUV eröffnet der Union aber die Zuständigkeit für Schutz und Verbesserung der menschlichen Gesundheit im Wege der Durchführung von Maßnahmen zur Unterstützung, Koordinierung oder Ergänzung der Maßnahmen der Mitgliedstaaten. Nicht ausgeschlossen erscheint außerdem die geteilte Zuständigkeit der Union unter dem Gesichtspunkt des Binnenmarkts (Art. 4 Abs. 2 lit. a AEUV).

III. Rechtsgrundlage: Art. 168 Abs. 5 AEUV

9

Auf der Grundlage von Art. 168 Abs. 5 AEUV können das Europäische Parlament und der Rat unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses und des Ausschusses der Regionen Fördermaßnahmen zum Schutz und zur Verbesserung der menschlichen Gesundheit sowie insbesondere zur Bekämpfung der weit verbreiteten schweren grenzüberschreitenden Krankheiten, Maßnahmen zur Beobachtung, frühzeitigen Meldung und Bekämpfung schwerwiegender grenzüberschreitender Gesundheitsgefahren sowie Maßnahmen, die unmittelbar den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung vor Tabakkonsum und Alkoholmissbrauch zum Ziel haben, erlassen.

Auf Art. 168 Abs. 5 AEUV können Fördermaßnahmen zum Schutz und zur Verbesserung der menschlichen Gesundheit gestützt werden. Die Süßigkeitenwerbeverbotsverordnung trägt zwar zum Schutz und zur Verbesserung der menschlichen Gesundheit bei, aus dem Wortlaut und den genannten Regelbeispielen folgt aber, dass es sich bei den Unionsmaßnahmen nur um fördernde Maßnahmen handeln

darf. Das folgt auch aus Art. 6 S. 1 AEUV, wonach die Union nur unterstützend, koordinierend und ergänzend tätig werden darf. Die hier gesetzten Maßnahmen gehen darüber hinaus. Hier ergreift die Union die Initiative und wird selbst aktiv. Die Verbotsverordnung greift vielfältig in die Freiheit der Unternehmen und des Binnenmarktes ein. Deshalb kann auch dahingestellt bleiben, ob die Süßigkeitenwerbeverbotsverordnung der Bekämpfung „weit verbreiteter schwerer grenzüberschreitender Krankheiten“ dient, wie es bei bestimmten Stoffwechselerkrankungen der Fall sein könnte. Eine Maßnahme zur Beobachtung oder frühzeitigen Meldung liegt nicht vor. Als Maßnahme der Gesundheitspolitik ist die Süßigkeitenwerbeverbotsverordnung unzulässig.

IV. Art. 114 AEUV – Harmonisierung im Binnenmarkt

10

Zu prüfen ist, ob die Süßigkeitenwerbeverbotsverordnung auf Art. 114 AEUV gestützt werden kann. Gemäß Art. 114 Abs. 1 AEUV erlassen das Europäische Parlament und der Rat zur Verwirklichung der Ziele des Art. 26 AEUV im Wege des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses die Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarkts zum Gegenstand haben.

1. Reichweite des Art. 114 AEUV

11

Fraglich ist zunächst die Reichweite dieser Gesetzgebungskompetenz: Denkbar wäre, dass Art. 114 AEUV dem Unionsgesetzgeber eine allgemeine Kompetenz zur Regelung des Binnenmarktes gewährt. Das hätte zur Konsequenz, dass bereits die Existenz unterschiedlicher Vorschriften in den Mitgliedstaaten über Werbung für Süßigkeiten eine Regelung der EU rechtfertigen würde.

Dagegen spricht aber eine Zusammenschau der Art. 114 AEUV und Art. 26 AEUV: Maßnahmen gemäß Art. 114 AEUV und Art. 26 AEUV sollen die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes verbessern. Ausdrücklich ist in Art. 114 AEUV bestimmt, dass Unionsmaßnahmen der Verwirklichung der Ziele des Art. 26 AEUV dienen müssen. Gemäß Art. 26 Abs. 2 AEUV, der die erforderlichen Maßnahmen für die Verwirklichung des Binnenmarktes zum Gegenstand hat, umfasst der Binnenmarkt einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist. Eine allgemeine Kompetenz widerspräche dem Wortlaut dieser Bestimmung. Nicht zuletzt der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung (Art 5 Abs. 1 und 2 EUV) steht einer Auslegung, die allein auf

die Binnenmarktrelevanz abstellt, entgegen.

Ferner folgt aus Art. 114 Abs. 1 S. 1 AEUV, dass nicht bereits die bloße Feststellung von Unterschieden zwischen den nationalen Vorschriften und die abstrakte Gefahr von Beeinträchtigungen der Grundfreiheiten oder daraus möglicherweise entstehenden Wettbewerbsverzerrungen die Wahl von Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage rechtfertigen kann, sondern der fragliche Rechtsakt tatsächlich den Zweck haben muss, die Voraussetzungen für die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zu verbessern.[1] Ausdrücklich ist die besondere Rechtsgrundlage des Art. 114 Abs. 1 S. 1 AEUV entgegen der allgemeinen Ermächtigungsklausel Art. 115 AEUV „*für* die Verwirklichung der Ziele des Artikels 26 AEUV" konzipiert.[2]

Das schließt eine Anwendung des Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage nicht aus, um der Entstehung neuer Hindernisse für den Handel infolge einer heterogenen Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften vorzubeugen. Das Entstehen solcher Hindernisse muss jedoch wahrscheinlich sein und die fragliche Maßnahme ihre Vermeidung bezwecken.[3]

Nicht auf Art. 114 AEUV gestützt werden können Bestimmungen über die Freizügigkeit (Art. 114 Abs. 2 AEUV). Soweit daher der freie Personenverkehr insbesondere im Bereich der Dienstleistungsfreiheit betroffen ist (zB Werbeagenturen), kann nicht Art. 114 Abs. 1 AEUV als Rechtsgrundlage herangezogen werden, wenn die betreffende Dienstleistung die

Freizügigkeit betrifft. Eine Harmonisierung von Regelungen zu Dienstleistungen kommt dann nur nach Art. 53 Abs. 1 AEUV iVm Art. 62 AEUV in Betracht (s. unten V.).

12

Allerdings könnte Art. 168 Abs. 5 AEUV einer Anwendung des Art. 114 AEUV entgegenstehen, der „jegliche Harmonisierung“ von Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten im Gesundheitsbereich ausschließt. Aus dem Wortlaut ergibt sich nicht eindeutig, ob diese Bestimmung dahingehend auszulegen ist, dass nur Maßnahmen unzulässig sein sollen, die primär auf den Schutz und die Förderung der menschlichen Gesundheit ausgerichtet sind. Für eine restriktive Auslegung spricht, dass Art. 114 AEUV selbst zur Verwirklichung des Binnenmarktes eine grundsätzlich umfassende Regulierung ermöglicht. Art. 114 Abs. 3 AEUV schreibt ausdrücklich vor, dass bei Harmonisierungen von einem hohen Gesundheitsschutzniveau ausgegangen wird.[4] Außerdem ergibt sich aus Art. 168 Abs. 5 AEUV nicht, dass auf der Grundlage anderer Vertragsbestimmungen erlassene Harmonisierungsmaßnahmen nicht Auswirkungen auf den Schutz der menschlichen Gesundheit haben dürften. Gerade der Ausnahmecharakter der Bestimmung spricht für ein restriktives Verständnis. Der rechtspolitische Hintergrund der beschränkten Unionszuständigkeit im Bereich des Gesundheitsschutzes ist, dass eine Nivellierung der hohen Gesundheitsstandards in einzelnen Mitgliedstaaten auf ein niedrigeres Unionsniveau

ausgeschlossen sein soll; den Mitgliedstaaten soll die Option offengehalten werden, ein Optimum an Gesundheitsschutz zu ermöglichen. Das in Art. 168 Abs. 5 AEUV niedergelegte Harmonisierungsverbot kann daher nur so ausgelegt werden, dass es Harmonisierungsmaßnahmen in den Kernbereichen der Gesundheitspolitik verbietet.[5] Das schließt eine Harmonisierung selbst dann nicht aus, wenn sie im Schwerpunkt dem Gesundheitsschutz dient, solange die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes verbessert werden.[6]

Allerdings dürfen andere Artikel des AEUV nicht als Rechtsgrundlage herangezogen werden, um den ausdrücklichen Ausschluss jeglicher Harmonisierung gemäß Art. 168 Abs. 5 AEUV zu umgehen.[7]

2. Abbau von Behinderungen der Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts

13

Eine Beschränkung des Binnenmarktes ist durch Hemmnisse oder Wettbewerbsverzerrungen möglich, die aus unterschiedlichen nationalen Vorschriften resultieren.

Die Beseitigung von Hemmnissen des freien Warenverkehrs: Für die Frage, inwieweit mit der Süßigkeitenwerbeverbotsverordnung Hemmnisse des Binnenmarkts aufgehoben werden sollen, ist zu unterscheiden zwischen den Süßigkeitenprodukten selbst, Waren und Dienstleistungen, die zwischen den Mitgliedstaaten gehandelt werden und nicht ausschließlich als Medien für die Werbung zur Absatzsteigerung der Süßigkeiten dienen (zB Zeitungen und Zeitschriften), und Waren und Dienstleistungen, die im Einzelfall ausschließlich als Medium der Werbung für Süßigkeiten dienen (Plakate, Kinowerbung).

(1. *Gruppe der Hersteller von Süßigkeiten*) Mitgliedstaatliche Werbeverbote hemmen den Vertrieb von Süßigkeiten; ein unionsweites Süßigkeitenwerbeverbot fördert den Handel mit diesen Erzeugnissen nicht. Zur Beseitigung von Hemmnissen des Binnenmarkts für Süßigkeiten kann die Süßigkeitenwerbeverbotsverordnung deshalb nicht auf Art. 114 AEUV gestützt werden.

(2. *Gruppe der Presseunternehmen und anderer Medien, die nicht ausschließlich für die Werbung zur Absatzsteigerung von Süßigkeiten eingesetzt werden*) Kein Mitgliedstaat hat bisher ein Einfuhrverbot oder Einfuhrbeschränkungen für Presseunternehmen und andere Medien, die nicht ausschließlich für die Werbung zur Absatzsteigerung von Süßigkeiten eingesetzt werden, beschlossen. Das gilt auch für Mitgliedstaaten, in denen diese Werbung untersagt ist. Zwar unterliegt die Ein- und Ausfuhr von Presseerzeugnissen und anderen Medien der Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV und Art. 35 AEUV), eine Beschränkung dieses Marktes durch einzelne Mitgliedstaaten kann aber nicht ausgeschlossen werden, insbesondere weil Art. 36 AEUV Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit aus Gründen des Gesundheitsschutzes zulässt. Wegen der Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften, die zu einer immer stärkeren Beschränkung der Werbung für Süßigkeiten führt und der Überzeugung entspricht, dass diese Werbung den Süßigkeitenkonsum spürbar erhöht, erscheint es sogar als wahrscheinlich, dass künftig Hindernisse für den freien Verkehr von Presseerzeugnissen und anderen Medien entstehen werden.

Dieser Handel mit Presseerzeugnissen ist ebenso wie der anderer Medien auch zwischen den Mitgliedstaaten relativ bedeutend und wird an Bedeutung zunehmen. Das betrifft nicht nur Presseerzeugnisse in Mitgliedstaaten, in denen die gleiche Sprache gesprochen wird. Ein erheblicher grenzüberschreitender Verkehr besteht auch für Presseerzeugnisse zwischen

Mitgliedstaaten, in denen unterschiedliche Sprachen gesprochen werden und hat seinen Grund vor allem im gesteigerten Mobilitätsverhalten der Europäer, das primärrechtlich durch die Freizügigkeitsregelungen vereinfacht wird (vgl Art. 21 AEUV). Für elektronische Medien ist der grenzüberschreitende Verkehr ohnehin offensichtlich.[8]

Die Verhinderung dieser möglicherweise künftigen Hemmnisse der Presseerzeugnisse und anderer Medien fördert den Binnenmarkt in diesem Bereich. Das genügt, um eine Regelungskompetenz der Union insoweit zu begründen.

(3. *Gruppe der Medien, die ausschließlich für die Werbung zur Absatzsteigerung von Süßigkeiten eingesetzt werden*) Anders für die übrigen Formen von Werbung für Süßigkeiten: Entsprechende Verbote von Werbung auf Plakaten, Sonnenschirmen und Fahnen stellen sicherlich ein Hemmnis für den Binnenmarkt dieser Produkte dar. Im Gegensatz zu den nichtausschließlichen Werbeträgern würde ein unionsweites Süßigkeitenwerbeverbot den Handel mit den betroffenen Erzeugnissen aber nicht fördern, sondern weiter beschränken. Hier betrifft das Verbot das Medium selbst. Hemmnisse für den freien Verkehr von Werbeträgern in diesem Werbesektor können durch ein umfassendes Süßigkeitenwerbeverbot folglich auch nicht beseitigt werden.

14

Die Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen: Fraglich ist, ob bereits jede Form der Wettbewerbsverzerrung

eine Harmonisierung durch die Union ermöglicht. Würde man das Überschreiten einer gewissen Mindestschwelle nicht für erforderlich halten, wären der Zuständigkeit des Unionsgesetzgebers praktisch keine Grenzen gezogen. Zwischen den nationalen Rechtsvorschriften über die Voraussetzungen der Ausübung bestimmter Tätigkeiten bestehen nämlich vielfach Unterschiede, was sich unmittelbar oder mittelbar auf die Wettbewerbsbedingungen der betroffenen Unternehmen auswirkt. Dies wäre wiederum mit dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung nicht vereinbar. Nach ständiger EuGH-Rechtsprechung müssen die Wettbewerbsverzerrungen, auf deren Beseitigung der Rechtsakt zielt, daher spürbar sein.[9]

Es ist deshalb zu prüfen, ob die Süßigkeitenwerbeverbotsverordnung tatsächlich zur Beseitigung spürbarer Verzerrungen des Wettbewerbs beiträgt:

(1. *Gruppe der Hersteller von Süßigkeiten*) Was den Markt für Süßigkeiten betrifft, bestehen grundsätzlich keine Wettbewerbsverzerrungen, weil die Werbeverbote der Mitgliedstaaten für sämtliche in- und ausländische Unternehmen gleich gelten. Allein, dass Hersteller und Verkäufer von Süßigkeiten in Mitgliedstaaten mit restriktiven Rechtsvorschriften ihre Marktposition nur über den Preiswettbewerb entwickeln können, stellt keine Wettbewerbsverzerrung dar, sondern eine Beschränkung der Wettbewerbsarten, die in gleicher Weise für alle Wirtschaftsteilnehmer in diesen Mitgliedstaaten gilt.

Zwar können Werbeverbote für Süßigkeiten Markteinführungen erschweren. Der EuGH argumentiert in der Entscheidung zum Tabakwerbeverbot aber dahingehend, dass durch eine weitgehende Untersagung der Süßigkeitenwerbung die Verordnung diese Beschränkung generalisiert und folglich die Mittel, mit denen sich die Wirtschaftsteilnehmer Zugang zum Markt verschaffen und sich dort behaupten können, in sämtlichen Mitgliedstaaten einschränkt.[10]

(2. *Gruppe der Presseunternehmen und anderer Medien, die nicht ausschließlich für die Werbung zur Absatzsteigerung von Süßigkeiten eingesetzt werden*) Ein Hemmnis für den Binnenmarkt besteht schon, wenn die Mitgliedstaaten hinsichtlich eines Erzeugnisses oder einer Erzeugnisgruppe divergierende Maßnahmen erlassen. Wird Werbung für Süßigkeiten in Presseunternehmen und anderen Medien in einem Mitgliedstaat verboten oder anderen Bedingungen unterworfen als in einem anderen Mitgliedstaat, in dem die Werbung für Süßigkeiten weniger reguliert ist, kann der Wettbewerb der Presseunternehmen und anderer Medien tatsächlich oder potentiell behindert werden.

Die Beseitigung dieser bestehenden und möglicherweise künftigen Hemmnisse der Presseerzeugnisse und anderer Medien fördert dann den Binnenmarkt in diesem Bereich.

(3. *Gruppe der Medien, die ausschließlich für die Werbung zur Absatzsteigerung von Süßigkeiten eingesetzt werden*) Eine Wettbewerbsverzerrung ist nicht erkennbar: Was die Medien

betrifft, die ausschließlich für die Werbung zur Absatzsteigerung von Süßigkeiten eingesetzt werden, gelten die Werbeverbote in einem Mitgliedstaat für alle in- und ausländischen Unternehmen gleich.

Zwar sind Unternehmen, die in Mitgliedstaaten mit einer weniger restriktiven Regelung der Werbung für Süßigkeiten ansässig sind, hinsichtlich der Größenvorteile und der Gewinnerzielung begünstigt, diese Vorteile wirken sich jedoch auf den Wettbewerb nur entfernt und mittelbar aus und führen nicht zu spürbaren Verzerrungen.

Es mag nicht ausgeschlossen sein, dass Unterschiede zwischen bestimmten Regelungen zur Werbung für Süßigkeiten in Einzelfällen spürbare Wettbewerbsbeschränkungen herbeiführen können. Derartige vereinzelte Verzerrungen rechtfertigen es jedoch nicht, Art. 114 AEUV für ein allgemeines Werbeverbot zu verwenden, wie es die Süßigkeitenwerbeverbotsverordnung vorsieht.

Demnach kann der Unionsgesetzgeber die Wahl von Art. 114 AEUV als Rechtsgrundlage der Süßigkeitenwerbeverbotsverordnung auch nicht mit der Erwägung rechtfertigen, Wettbewerbsverzerrungen in der Werbebranche oder in der Süßigkeitenbranche müssten beseitigt werden.

3. Ergebnis

15

Eine Werbeverbots-Regelung kann allein für den Bereich der Presse und anderer Medien, die nicht ausschließlich für die Werbung zur Absatzsteigerung von Süßigkeiten eingesetzt werden, auf der Grundlage von Art. 114 AEUV erfolgen.

V. Art. 53 Abs. 1 AEUV iVm Art. 62 AEUV

16

Als Rechtsgrundlage könnte ferner Art. 53 Abs. 1 AEUV iVm Art. 62 AEUV zur Koordinierung der mitgliedstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften über Dienstleistungen in Betracht kommen. Das könnte insbesondere für solche Dienstleistungen von Bedeutung sein, die die Personenfreizügigkeit nach Art. 114 Abs. 2 AEUV betreffen.

Art. 53 Abs. 1 AEUV iVm Art. 62 AEUV lassen ihrem Wortlaut nach aber nur eine Regelung durch Richtlinien zu. Eine VO kann darauf nicht gestützt werden.

VI. Art. 115 AEUV

17

Art. 115 AEUV ist gegenüber Art. 53 Abs. 1 AEUV iVm Art. 62 AEUV subsidiär. Eine Harmonisierung auf der Grundlage von Art. 115 AEUV ist nur durch eine Richtlinie möglich. Diese Rechtsgrundlage ist daher nicht einschlägig.

VII. Art. 352 AEUV – Flexibilitätsklausel

18

Auf der Grundlage der Flexibilitätsklausel kann die Union Rechtsakte erlassen, wenn ein Tätigwerden der Union im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche erforderlich erscheint, um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen, und wenn in den Verträgen die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen sind (Art. 352 Abs. 1 S. 1 AEUV).

Art. 352 AEUV reicht deutlich weiter als die alte Kompetenzabrundungsklausel Art. 308 EG. Die alte Kompetenzabrundungsklausel war auf die Zielverwirklichung im Rahmen des Gemeinsamen Marktes beschränkt, nun genügt bereits, dass ein Tätigwerden der Union „im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche“ erforderlich erscheint. Das BVerfG geht im Lissabon-Urteil davon aus, dass die Vorschrift dazu dienen kann, im nahezu gesamten Anwendungsbereich des Primärrechts eine Zuständigkeit zu schaffen, die ein Handeln auf europäischer Ebene ermöglicht. [11]

Gleichwohl dürfen die auf der Flexibilitätsklausel beruhenden Maßnahmen keine Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten in den Fällen beinhalten, in denen die Verträge eine solche Harmonisierung ausschließen (Art. 352 Abs. 3

AEUV). Genau das regelt aber Art. 168 Abs. 5 AEUV im Bereich des Gesundheitsschutzes.

Außerdem sind die Verfahrensvorschriften nicht eingehalten: Aus dem Sachverhalt ist nicht zu entnehmen, dass die Kommission den Deutschen Bundestag und den Bundesrat nach Art. 352 Abs. 2 AEUV im Rahmen des Verfahrens zur Kontrolle der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 5 Abs. 3 EUV auf die Vorschläge aufmerksam gemacht hätte. Zudem haben der Deutsche Bundestag und der Bundesrat der Süßigkeitenwerbeverbotsverordnung nicht nach Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG zugestimmt. Das aber verlangt das BVerfG, weil die Flexibilitätsklausel in ihrem Anwendungsbereich unbestimmt ist und im nahezu gesamten Anwendungsbereich des Primärrechts eine Zuständigkeit der Union schaffen kann. Die Übertragung einer Blankettermächtigung auf die Union wäre verfassungsrechtlich unzulässig.

Im Ergebnis scheidet Art. 352 AEUV als Rechtsgrundlage aus.

VIII. Verletzung des Subsidiaritätsprinzips, Art. 5 Abs. 3 EUV

19

Wie ausgeführt kommt der Union allenfalls für die Harmonisierung des Pressemarktes und anderer Medien eine vertragliche Rechtsgrundlage zu. Hierfür ist das Vorliegen der Voraussetzungen des Subsidiaritätsprinzips zu prüfen.

Das in Art. 5 Abs. 3 EUV geregelte Subsidiaritätsprinzip stellt nach mittlerweile herrschender Meinung eine Kompetenzausübungsregelung dar, dh es bestimmt, in welchen Fällen die Union von einer ihr durch den Vertrag zugewiesenen Kompetenz Gebrauch machen darf.

1. Ausschließliche Zuständigkeit der Union?

20

Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 3 EUV ist zunächst, dass die beanstandete Regelung nicht einen Bereich betrifft, der in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fällt. Die Rechtsangleichung auf der Grundlage von Art. 114 Abs. 1 AEUV gehört nicht zur ausschließlichen Zuständigkeit der Union (Art. 3 AEUV).

2. „Nicht ausreichend“ auf mitgliedstaatlicher Ebene; „besser“ auf Unionsebene

21

Ferner müssen die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahme auf Ebene der Mitgliedstaaten, Regionen oder Kommunen nicht ausreichend und daher wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen besser auf Unionsebene erreicht werden können. Der EuGH[12] sieht hierin und entgegen dem eindeutigen Wortlaut nicht zwei, sondern lediglich eine einzige Voraussetzung.

Hier ist zu bedenken, dass – obwohl die grundsätzliche Justiziabilität nach Art. 8 des Subsidiaritätsprotokolls besteht – diese Vorschrift dem Unionsgesetzgeber gerade bei der Einschätzung der Wirksamkeit von geplanten Maßnahmen einen weiten Gestaltungsspielraum eröffnet. Insoweit hat der EuGH bereits die heterogene Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften als hinreichendes Argument dafür gelten lassen, dass eine Maßnahme auf Unionsebene besser als auf mitgliedstaatlicher Ebene erreicht werden kann.[13]

Mit dem Lissabon-Vertrag wurden die verfahrensrechtlichen Vorgaben erheblich erweitert: Die Kommission muss zunächst umfangreiche Anhörungen durchführen (Art. 2

Subsidiaritätsprotokoll) und ihre Gesetzesentwürfe dem Unionsgesetzgeber und den nationalen Parlamenten gleichzeitig zuleiten (Art. 4 Abs. 1 Subsidiaritätsprotokoll). Diese Entwürfe sind zu begründen (Art. 5 Subsidiaritätsprotokoll). Den mitgliedstaatlichen Parlamenten kommt die Befugnis zu, binnen acht Wochen eine begründete Stellungnahme abzugeben (Art. 6 Subsidiaritätsprotokoll). Daran schließt sich ein „Verhinderungsverfahren“ an (Art. 7 Subsidiaritätsprotokoll). Hier hat die Kommission ihren Vorschlag für eine Süßigkeitenwerbeverbotsverordnung weder dem öffentlichen Anhörungsverfahren unterzogen, noch diesen den nationalen Parlamenten vorher mitgeteilt. Die Verordnung ist deshalb rechtswidrig zustande gekommen.

B. Verstoß gegen die Grundrechte
I. Rechtsgrundlage der europäischen Grundrechte

22

Nach Art. 6 Abs. 1 EUV erkennt die Union die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der GRC niedergelegt sind.

Die GRC gilt für die Organe und Einrichtungen der Union unter Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union (Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRC). Die Süßigkeitenwerbeverbotsverordnung ist eine Maßnahme der Union und deshalb an den europäischen Grundrechten zu messen. Auch soweit die Mitgliedstaaten im Vollzugswege die Süßigkeitenwerbeverbotsverordnung durchzuführen haben, sind sie an die europäischen Grundrechte gebunden.

II. Meinungsfreiheit
1. Schutzbereich

23

Art. 11 GRC bestimmt, dass jede Person das Recht auf freie Meinungsäußerung hat. Dieses Recht schließt die Meinungsfreiheit und die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben.

Nach Art. 6 Abs. 3 EUV sind die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts. Deshalb hat die EMRK bei der Bestimmung der Rechte, die das Unionsrecht schützt, und des Umfanges des gewährten Schutzes besondere Bedeutung als Inspirationsquelle (vgl. a. Art. 52 Abs. 3 GRC).

Nach der Rechtsprechung des EGMR verdienen alle Formen der Meinungsäußerung Schutz nach Art. 10 Abs. 1 EMRK.[14] Dazu gehören auch Informationen wirtschaftlicher Natur, also die Verbreitung von Informationen, die Äußerung von Ideen oder die Verbreitung von Bildern als Teil der Verkaufsförderung einer Wirtschaftstätigkeit und das entsprechende Recht, solche Mitteilungen zu empfangen.[15] Informationen wirtschaftlicher

Art tragen zwar nicht in derselben Weise wie politische, journalistische, literarische oder künstlerische Meinungen in einer liberalen demokratischen Gesellschaft zur Erreichung gesellschaftlicher Ziele bei, persönliche Rechte werden jedoch als Grundrechte nicht nur wegen ihrer instrumentalen, gesellschaftlichen Funktion anerkannt, sondern auch, weil sie für die Autonomie, die Würde und die Persönlichkeitsentwicklung erforderlich sind. Die Freiheit der Bürger, ihre wirtschaftliche Betätigung durch Äußerungen zu fördern, fließt daher nicht nur aus ihrem Recht auf wirtschaftliche Betätigung und im Unionskontext aus der allgemeinen Gewährleistung einer auf freien Wettbewerb gestützten Marktwirtschaft, sondern auch aus ihrem ursprünglichen Anspruch als Menschen, Ansichten zu jeder Frage einschließlich der Qualität von Waren oder Dienstleistungen, die sie verkaufen oder erzeugen, auszudrücken und zu empfangen.

2. Eingriff

Durch die Süßigkeitswerbeverbotsverordnung ist Werbung verboten und damit in die Meinungsfreiheit eingegriffen.

3. Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs

24

Die Meinungsfreiheit kann beschränkt werden, um anderen den Genuss von Rechten oder die Erreichung bestimmter Gemeinwohlziele zu ermöglichen. Es gelten der Gesetzesvorbehalt und die Wesensgehaltsgarantie (Art. 52 Abs. 1 S. 1 GRC) sowie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wonach Einschränkungen nur vorgenommen werden dürfen, wenn sie notwendig sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen (Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRC). Im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit von Maßnahmen der Unionsorgane erkennt der EuGH diesen einen nicht unerheblichen Beurteilungsspielraum zu. Gerade bei gesetzgeberischen Entscheidungen in komplexen Regelungsbereichen soll es nur die Aufgabe des Gerichtshofes sein, zu prüfen, *„ob den Organen beim Treffen einer solchen Entscheidung ein offensichtlicher Irrtum oder Ermessensmissbrauch unterlaufen ist oder ob sie die Grenzen ihres Spielraums offensichtlich überschritten haben“*.[16]

GA *Fenelly* hat im Fall *„Tabakwerbeverbot“* vorgeschlagen, der Rechtsprechung des EGMR zu folgen, der normalerweise verlangt, dass die Vertragsstaaten einen überzeugenden Beweis

eines dringenden sozialen Erfordernisses für eine Beschränkung der Meinungsfreiheit beibringen müssen.[17] Dagegen werden Beschränkungen wirtschaftlicher Informationen als gerechtfertigt anerkannt, wenn die zuständigen Behörden die Beschränkungen aus vernünftigen Gründen für erforderlich halten.[18] Eine solche unterschiedliche Behandlung kann damit gerechtfertigt werden, dass Informationen wirtschaftlicher Natur und (etwa) politische Meinungsäußerungen mit dem Allgemeininteresse in unterschiedlicher Weise in Beziehung stehen. Während die politische Meinungsäußerung selbst außerordentlich wichtigen gesellschaftlichen Interessen dient, haben Informationen wirtschaftlicher Natur normalerweise keine weitere soziale Funktion als ihre Rolle, die Wirtschaftstätigkeit zu fördern, weshalb dem Gesetzgeber auch ein weites Ermessen zukommen kann, um Beschränkungen im Allgemeininteresse zu verhängen.[19]

Der Gesundheitsschutz ist einer der Gründe, den Art. 10 Abs. 2 EMRK als Beschränkung der Meinungsfreiheit zulässt. Ferner kommt dem Gesundheitsschutz in Art. 36 AEUV sowie in den eigenen Politiken der Union nach Art. 6 S. 2 lit. a AEUV, Art. 9 AEUV, Art. 114 Abs. 3 AEUV und Art. 168 AEUV eine herausragende Bedeutung zu. Angesichts der erheblichen Rolle des Süßigkeitenkonsums als Erkrankungsfaktor und als Ursache vielfältiger Gesundheitsprobleme in der Union wäre ein möglicher Rückgang des Süßigkeitenkonsums ein großer Gewinn für die allgemeine Gesundheit.

Die Beschränkung der Meinungsfreiheit beruht aber auf einer Verordnung die – wie ausgeführt – nicht den Binnenmarktzielen entspricht.

4. Ergebnis

25
Ein Verstoß gegen die Meinungsfreiheit liegt somit vor.

III. Unternehmerische Freiheit

26

Die unternehmerische Freiheit ist nach dem Unionsrecht und den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten gewährleistet (Art. 16 GRC). Der EuGH hat schon vor Inkraftsetzung der Grundrechte-Charta die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit als allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts anerkannt.[20]

Die unternehmerische Freiheit kann jedoch keine uneingeschränkte Geltung beanspruchen und muss im Hinblick auf ihre soziale Funktion gesehen werden. Zwar kann der Schutz der Wirtschaftsteilnehmer keinesfalls auf bloße kaufmännische Interessen oder Chancen ausgedehnt werden, deren Ungewissheit zum Wesen wirtschaftlicher Tätigkeit gehört,[21] doch kann die unternehmerische Freiheit Beschränkungen unterworfen werden, sofern diese Beschränkungen tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Union entsprechen und keinen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der die so gewährleisteten Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet (Art. 52 GRC).

Allein auf das hohe Schutzgut der Gesundheit bezogen erscheint ein umfassendes Süßigkeitenwerbeverbot nicht unverhältnismäßig. Zu berücksichtigen ist aber auch, dass

die Verordnung keine Beschränkungen auferlegt, die den Binnenmarktzielen entsprechen. Daher kann ein Verstoß gegen die wirtschaftliche Betätigungsfreiheit insoweit angenommen werden.

IV. Eigentumsgarantie

27

Die Eigentumsgarantie ist durch Art. 17 GRC gewährleistet. Hierzu zählt auch der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb.[22] Das Eigentum ist nicht schrankenlos gewährleistet, weil es im Hinblick auf seine gesellschaftliche Funktion gesehen werden muss. Eigentum kann durch Enteignung entzogen werden und seine Nutzung kann nach Maßgabe des Art. 17 Abs. 1 S. 3 GRC gesetzlich geregelt werden, soweit dies für das Wohl der Allgemeinheit erforderlich ist. Auch hier kann auf die angestellten Überlegungen verwiesen werden. Da die Verordnung nicht den Binnenmarktzielen entspricht, liegt eine unzulässige Beschränkung der Eigentumsgarantie vor.

C. Ergebnis

28
Die Süßigkeitenwerbeverbotsverordnung ist insgesamt nichtig.

Frage 2

In Betracht kommt eine Verletzung der Warenverkehrsfreiheit, soweit die Produzenten von Süßigkeiten und Presseunternehmen betroffen sind. Werbeagenturen und Rundfunkunternehmen können in ihrer Dienstleistungsfreiheit betroffen sein.

A. Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit, Art. 34 AEUV

Es könnte ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit vorliegen, soweit Süßigkeiten oder Medien zur Werbung für Süßigkeiten durch das Süßigkeitenwerbeverbot betroffen sind.

I. Schutzbereich

29

Waren iSd Art. 34 AEUV sind Erzeugnisse, die einen Geldwert haben und deshalb Gegenstand von Handelserzeugnissen sein können.[23] Sowohl Süßigkeiten als auch Presseartikel sind daher Waren iSd Art. 34 AEUV.

Auch der persönliche Schutzbereich ist eröffnet: Auf Art. 34 AEUV kann sich jede Person oder jedes Unternehmen berufen, das ein Interesse an der Durchsetzung der Warenverkehrsfreiheit hat, insbesondere weil es Waren herstellt, vertreibt, kauft oder verkauft.

Es ist davon auszugehen, dass diese Waren im grenzüberschreitenden Verkehr angeboten und nachgefragt werden. Das gilt insbesondere auch für Presseartikel im Verkehr mit gleichsprachigem Ausland.

II. Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit

30

Eine Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit liegt dann vor, wenn Einfuhren mengenmäßig beschränkt werden oder es sich um eine Maßnahme gleicher Wirkung handelt (Art. 34 AEUV). Mit der sog. *Dassonville-Formel*[24] ist als Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Beschränkung jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten anzusehen, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern.[25]

Das nationale Süßigkeitenwerbeverbot ist zunächst eine Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit, weil Presseerzeugnisse mit Werbung für Süßigkeiten nicht mehr vertrieben werden dürfen. Ferner wird auch in die Warenverkehrsfreiheit der Produzenten von Süßigkeiten eingegriffen, weil ein Werbeverbot absatzhindernde Wirkung hat.

Dieser weite Ansatz der *„Dassonville-Formel“* bedarf aber einer tatbestandsmäßigen Reduktion. Denn tatsächlich führt die *„Dassonville-Formel“* dazu, dass praktisch alle wirtschaftslenkenden Gesetze marktbeschränkende Wirkung haben. In der Entscheidung *„Keck“* hat der EuGH das umfassende Beschränkungsverbot daher erheblich modifiziert:

Nationale Bestimmungen, die bestimmte Verkaufsmodalitäten beschränken oder verbieten, sollen nicht geeignet sein, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne des Urteils *„Dassonville“* unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern, sofern diese Bestimmungen für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben, und sofern sie den Absatz der inländischen Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten rechtlich wie tatsächlich in der gleichen Weise berühren. Denn sind diese Voraussetzungen erfüllt, ist die Anwendung derartiger Regelungen auf den Verkauf von Erzeugnissen aus einem anderen Mitgliedsstaat, die den von diesem Staat aufgestellten Bestimmungen entsprechen, nicht geeignet, den Marktzugang für diese Erzeugnisse zu versperren oder stärker zu behindern, als dies für inländische Erzeugnisse der Fall ist. Diese Regelungen fallen dann nicht in den Anwendungsbereich des Art. 34 AEUV. [26]

Demnach müsste das Süßigkeitenwerbeverbot eine Verkaufsmodalität darstellen und unterschiedslos für inländische und ausländische Unternehmer gelten. Hier ist nicht davon auszugehen, dass lediglich eine Verkaufsmodalität vorliegt. Zwar gilt das Süßigkeitenwerbeverbot unterschiedslos für inländische wie ausländische Unternehmer; einem Produzenten aber, der ein Produkt in einen nationalen Markt neu einführen will, stehen wegen des Werbeverbots kaum Möglichkeiten offen, potentielle Kunden auf sein Produkt aufmerksam zu

machen. Dies geht insbesondere zu Lasten von Produzenten aus anderen Mitgliedstaaten, eben weil regelmäßig heimische Unternehmen auf dem inländischen Markt bereits etabliert sind, und es meistens ausländische Unternehmen sind, die versuchen werden, als Neueinsteiger auf dem Markt eines Mitgliedstaats Marktanteile zu erringen. Darin unterscheidet sich das absolute Werbeverbot von Verkaufsmodalitäten: Die Verbrauchergewohnheiten werden zementiert und der Marktzugang deshalb erschwert.[27]

Dafür, dass ein absolutes Werbeverbot für Süßigkeiten den Marktzugang betrifft, spricht ferner, dass gerade bei Erzeugnissen wie Süßigkeiten der Genuss mit herkömmlichen gesellschaftlichen Übungen sowie örtlichen Sitten und Gebräuchen verbunden ist, mit denen inländische Produzenten besser vertraut sind als ausländische.[28]

Das Werbeverbot hat daher unterschiedliche Auswirkungen auf den Absatz inländischer Erzeugnisse und Erzeugnisse aus anderen Mitgliedstaaten. Es liegt eine Marktzugangsregel vor. Von einer Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit ist somit auszugehen.

III. Rechtfertigung der Beschränkung

31

Diese Beeinträchtigung der Warenverkehrsfreiheit kann gerechtfertigt sein.[29] Einerseits ist Art. 36 AEUV eine „Schranken-Schranke“ für diskriminierende Maßnahmen – Art. 36 AEUV lässt Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen zu –, andererseits hat der EuGH in *„Cassis de Dijon“*[30] entschieden, dass Hemmnisse für den Binnenhandel der Union, die sich aus den Unterschieden der nationalen Regelungen über die Vermarktung dieser Erzeugnisse ergeben, hingenommen werden müssen, soweit diese Beeinträchtigungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes.

Die Maßnahme muss geeignet und angemessen sein. Sie darf weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten darstellen (Art. 36 S. 2 AEUV). Das Süßigkeitenwerbeverbot ist freilich geeignet, den Gesundheitsschutz zu fördern; es trägt zum Kampf gegen Krankheiten bei. Nichts deutet darauf hin, dass die Gründe des Gesundheitsschutzes missbraucht und zur Diskriminierung

von Waren aus anderen Mitgliedstaaten oder zum mittelbaren Schutz bestimmter nationaler Produktionen verwendet werden. Das nationale Süßigkeitenwerbeverbotsgesetz würde daher nicht gegen die Warenverkehrsfreiheit verstoßen.

B. Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV

Ein Verstoß gegen den freien Dienstleistungsverkehr könnte in der Beschränkung der Tätigkeit von Werbeagenturen, Presseunternehmen und Rundfunkunternehmen liegen.

I. Schutzbereich

32

Dienstleistungen im Sinne von Art. 56 AEUV[31] sind Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und die Freizügigkeit der Personen unterliegen (Art. 57 AEUV). Damit ist die Tätigkeit der Werbeagenturen eine Dienstleistung. Auch das Zurverfügungstellen von Anzeigenraum durch die Presse kann eine Dienstleistung darstellen.[32] Schließlich ist auch Rundfunk eine Dienstleistung.[33]

Der persönliche Anwendungsbereich ist ebenfalls eröffnet.

II. Beschränkung

33

Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass diese Dienstleistungen im grenzüberschreitenden Verkehr angeboten und nachgefragt werden.

Dabei ist die Dienstleistungsfreiheit nicht nur auf den grenzüberschreitenden Export von Dienstleistungen beschränkt, sondern kann auch auf die grenzüberschreitende Nachfrage bezogen sein. So kann die Dienstleistungsfreiheit dadurch beschränkt werden, dass ein Mitgliedstaat das Recht der im Gebiet dieses Mitgliedstaats niedergelassenen Presseunternehmen beeinträchtigt, möglichen Inserenten, die in anderen Mitgliedstaaten niedergelassen sind, Anzeigenraum in ihren Veröffentlichungen anzubieten. Das gilt insbesondere – aber nicht nur – im Verkehr mit dem gleichsprachigen Ausland. Folglich betrifft das nationale Gesetz die aktive und die passive Dienstleistungsfreiheit.

III. Rechtfertigung der Beschränkung

34

Eine derartige Beschränkung kann auch hier mit dem Gesundheitsschutz gerechtfertigt werden, Art. 62 AEUV iVm Art. 52 Abs. 1 AEUV. Insoweit kann auf die Prüfung zur Warenverkehrsfreiheit verwiesen werden.

C. Ergebnis

35

Die Warenverkehrsfreiheit und die Dienstleistungsfreiheit werden beeinträchtigt, die Beeinträchtigung ist aber gerechtfertigt.

Anmerkungen

[1]

EuGH v. 12.12.2006, Rs. C-380/03 – *„Tabakwerbe-Richtlinie II“*, Rn 80.

[2]

Vgl. i. E. EuGH v. 5.10.2000, Rs. C-376/98 – *„Tabakwerbe-Richtlinie I“*, Rn 84, der auf die Überprüfungskompetenz des Gerichtshofs abstellt.

[3]

EuGH v. 5.10.2000, Rs. C-376/98 – *„Tabakwerbe-Richtlinie I“*, Rn 86.

[4]

EuGH v. 12.12.2006, Rs. C-380/03 – *„Tabakwerbe-Richtlinie II“*, Rn 93.

[5]

Nolte, NJW 2000, 1144, 1147.

[6]

Gundel, EuR 2007, 250, 252.

[7]

Vgl. a. EuGH v. 10.12.2002, Rs. C-491/01 – *„British American Tobacco“*, Rn 189 f.

[8]

Ausführliche Begründung: EuGH v. 12.12.2006, Rs. C-380/03 – *„Tabakwerbe-Richtlinie II“*, Rn 45 ff.

[9]

EuGH v. 5.10.2000, Rs. C-376/98 – *„Tabakwerbe-Richtlinie I“*, Rn 106.

[10]

EuGH v. 5.10.2000, Rs. C-376/98 – *„Tabakwerbe-Richtlinie I“*, Rn 113.

[11]

BVerfGE 123, 267, 394.

[12]

EuGH v. 10.12.2002, Rs. C-491/01 – *„British American Tobacco“*, Rn 180.

[13]

EuGH v. 10.12.2002, Rs. C-491/01 – *„British American Tobacco“*, Rn 182.

[14]

EGMR v. 20.11.1989, Serie A, Nr. 165 – *„Markt Intern“*, Rn 25 f.

[15]

GA Fenelly v. 15.6.2000, Rs. C-376/98, Rn 153.

[16]

EuGH v. 5.5.1998, Rs. C-180/96 – *„BSE“*, Rn 60; enger allerdings EuGH v. 9.9.2010, Rs. C-92/09 – *„Schecke“*.

[17]

EGMR v. 26.4.1979, Serie A Nr. 30 – *„Sunday Times“*.

[18]

EGMR v. 20.11.1989, Serie A, Nr. 165 – *„Markt Intern“*, Rn

47.

[19]

GA Fenelly v. 15.6.2000, Rs. C-376/98, Rn 158.

[20]

EuGH v. 14.10.1999, Rs. C-104/97 P, Rn 12.

[21]

EuGH v. 14.5.1974, Rs. 4/73 – *„Nold“*, Rn 14.

[22]

Offengelassen: EuGH v. 6.12.1984, Rs. 59/83 – *„Biovilac“*, Rn 21.

[23]

Zur Warenverkehrsfreiheit: *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, S. 49.

[24]

Zur Eingriffsdogmatik: *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, S. 37 f.

[25]

EuGH v. 11.7.1974, Rs. 8/74 – *„Dassonville“*, Rn 5.

[26]

EuGH v. 24.11.1993, Rs. C-267/91 – *„Keck“*, Rn 16 f.

[27]

AA *Leible*, EuZW 2001, 253, 254; vgl aber *Stein*, EuZW 1995, 435, 436, der davon ausgeht, dass bei absoluten Werbeverboten grundsätzlich keine Verkaufsmodalität vorliegt.

[28]

Vgl für Alkoholwerbung: EuGH v. 8.3.2001 – Rs. C-405/98 – *„schwedisches Alkoholwerbeverbot“*, Rn 21.

[29]

Zur Rechtfertigung: *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, S. 38 f.

[30]

EuGH v. 20.2.1979, Rs. 120/78 – *„Cassis de Dijon“*, Rn 8.

[31]

Ruthig, in: Ruthig/Storr, S. 47 f.

[32]

EuGH v. 8.3.2001, Rs. C-405/98 – *„schwedisches Alkoholwerbeverbot“*, Rn 39.

[33]

EuGH v. 30.4.1974, Rs. 155/73 – *„Sacchi“*, Rn 6.

Fall 2 Die Smokers Lounge

Inhaltsverzeichnis

Vorüberlegungen
Gliederung
Lösung

36

Die Smoker's Lounge Ltd. (S) mit Sitz in London betreibt europaweit Gaststätten, die vor allem von Genussrauchern frequentiert werden, die sich ihren Whiskey oder Cognac einfach nicht ohne Pfeife, Zigarre oder Zigarillo vorstellen können. Angesichts des überwältigenden Erfolges dieses Konzeptes will sie auch in der Mainzer Altstadt eine entsprechende Lounge eröffnen. Diese soll durch einen Hinweis an der Tür deutlich als Rauchergaststätte gekennzeichnet und nur für Erwachsene zugänglich sein. Eine Aufteilung des 150 m^2 großen Schankraumes, eines ehemaligen mittelalterlichen Spitals, in mehrere Gasträume ist aus technischen und denkmalschutzrechtlichen Gründen nicht möglich.

Wie in allen Einrichtungen der S sollen kleine Snacks und alkoholische Getränke aller Art angeboten werden. Der Antrag auf Erteilung der nach Landesrecht erforderlichen gaststättenrechtlichen Erlaubnis wird jedoch von der zuständigen Behörde abgelehnt. Begründet wird die formell ordnungsgemäße Entscheidung damit, dass das

Vorhaben der S dem gesetzgeberischen Konzept eines umfassenden Nichtraucherschutzes zuwiderlaufe und daher eine Genehmigung nach § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG nicht erteilt werden könne. Die nach § 7 Abs. 2 NRSG (Nichtraucherschutzgesetz RP) zulässigen Ausnahmen für kleine Gaststätten und Festzelte sowie abgetrennte Raucherbereiche seien ersichtlich nicht einschlägig, weitere habe der Gesetzgeber bewusst nicht vorgesehen.

S ist entsetzt. Für ihr Geschäftsmodell komme die Regelung des NRSG einem Berufsverbot gleich und verstoße daher sowohl gegen die Berufs- wie die Niederlassungsfreiheit. Dies sei umso bedenklicher, als das Gesetz ja durchaus Ausnahmen vom allgemeinen Rauchverbot zulasse. So dürfe in Festzelten und separaten Nebenräumen schon nach dem Willen des Gesetzgebers und nach der Rechtsprechung auch in kleinen, inhabergeführten Einraumkneipen geraucht werden. Insbesondere in ihren Entscheidungen zur Sportwette hätten sowohl EuGH wie BVerfG immer wieder die Verpflichtung des Gesetzgebers zu einer kohärenten Ausgestaltung der Verfolgung der Schutzziele angemahnt. Aus genau diesem Grund habe ja auch das BVerfG die meisten Nichtraucherschutzgesetze scheitern lassen. Dass Nichtraucherschutz immer auch Raum für Rückzugsbereiche von Rauchern lassen müsse, zeige sich auch im Ausland. Schließlich habe sie ihr Konzept in fast allen Mitgliedstaaten der EU ohne Probleme umsetzen können. Überhaupt fehle schon die Gesetzgebungskompetenz des Landes

für eine solche Regelung. Es gehe in der Sache jedenfalls um Gesundheitsschutz, für den nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG der Bund zuständig sei, welcher in seinem Nichtraucherschutzgesetz das Rauchen in Gaststätten gerade nicht geregelt habe.

In allen 3 Instanzen teilen die Gerichte allerdings die Auffassung der Behörde, § 7 NRSG sei verfassungsgemäß. Auch ein Verstoß gegen Unionsrecht liege offensichtlich nicht vor, so dass das BVerwG auch auf eine Vorlage an den EuGH verzichtete. Dies wurde im Wesentlichen damit begründet, dass die Anwendung der Niederlassungsfreiheit schon an den Grundsätzen der Keck-Rechtsprechung scheitere.

Anschließend erhebt S Verfassungsbeschwerde und rügt die Verletzung ihrer Niederlassungs- und Berufsfreiheit sowie des Rechts auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG). Wie wird das BVerfG entscheiden, das die Verfassungsbeschwerde nach § 93a BVerfGG zur Entscheidung angenommen hat?

Bearbeitervermerk:

Auf die Anhörungsrüge nach § 152a VwGO ist nicht einzugehen.

Für die Bearbeitung sind nur die im Sachverhalt genannten Bestimmungen des NRSG (Nichtraucherschutzgesetz RP) heranzuziehen.

Vorüberlegungen

37

Der Fall behandelt mit dem Nichtraucherschutz in Gaststätten einen Dauerbrenner der verfassungsrechtlichen Diskussion der letzten Jahre. Konkret geht es um das Rauchverbot für die sog. „Erlebnisgastronomie“, bei der der Tabakkonsum untrennbar mit dem Geschäftskonzept verbunden ist, also etwa auch Shisha-Cafés uä[1], die die strengen Anforderungen an Systemgerechtigkeit bzw. Kohärenz einer Regelung, die das BVerfG in seinen ersten, als bekannt vorauszusetzenden Urteilen zum Nichtraucherschutz entwickelt hatte, auf eine Bewährungsprobe stellten. Ausgangspunkt einer Prüfung des Art. 12 GG ist dabei für das BVerfG die Drei-Stufen-Lehre, ohne dass es die genaue Abgrenzung dieser Stufen abschließend geklärt oder auch nur in allen Fällen überhaupt herangezogen hätte. Die Stufenlehre lässt sich am besten als konkretisierende Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsprinzips begreifen, deren Raster vom BVerfG auch nicht sklavisch befolgt wird[2]. Sie kann als Argumentationsraster hilfreich sein, muss aber nicht unbedingt Niederschlag im Text finden.

Der Fall führt außerdem an die „Schnittstelle“ von Verfassungs- und Europarecht. Dies beginnt mit der Frage der Grundrechtsberechtigung ausländischer juristischer Personen, die das BVerfG ausdrücklich anerkannt hat[3] und setzt sich

fort mit der Anwendung von Deutschengrundrechten auf EU-Ausländer sowie dem Anspruch auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG), der auch bei Unterlassen der Vorlage an den EuGH verletzt sein kann. Auch zur Reichweite der Vorlagepflicht gibt es aktuelle Entscheidungen des BVerfG[4]. In diesem Kontext kommt es auch zu einer Prüfung der Grundfreiheiten, obwohl diese nicht (unmittelbarer) Prüfungsgegenstand im verfassungsgerichtlichen Verfahren sein können.

Prozessual eingekleidet ist der Fall als Verfassungsbeschwerde. Die Zulässigkeit (als Urteilsverfassungsbeschwerde gegen eine letztinstanzliche Entscheidung) bereitet bis auf die Frage der Beteiligtenfähigkeit einer ausländischen juristischen Person keine Probleme[5]. Besonderer Aufmerksamkeit bedarf allerdings bei Urteilsverfassungsbeschwerden der Prüfungsmaßstab. Das BVerfG ist keine „Superrevisionsinstanz“ und beschränkt sich auf die Prüfung der Verletzung sog. „spezifischen Verfassungsrechts“ (vgl Rn 43). Die Verfassungswidrigkeit einer vom Richter angewandten Norm stellt aber einen eindeutigen Fall der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts dar und führt in jedem Fall zur Begründetheit der Urteilsverfassungsbeschwerde.

Insgesamt behandelt der Fall also aktuelle Rechtsfragen, die auch für den Pflichtfachbereich relevant sind. Im Schwerpunkt Öffentliches Wirtschaftsrecht können diese Fragen

selbstverständlich gewerberechtlich eingekleidet sein[6].

Anmerkungen

[1]

Zur (im Ergebnis für zulässig gehaltenen) Einbeziehung von Shisha-Kneipen und Erlebnisgastronomie in das Rauchverbot BVerfG, NVwZ 2011, 294; BayVerfGH GewArch 2011, 503; s. aber auch BerlVerfGH, GewArch 2008, 410 f; SaarlVerfGH, NVwZ-RR 2010, 951, die das Rauchverbot im Rahmen einer Folgenabwägung vorläufig ausgesetzt hatten; anders insoweit BayVerfGH, NVwZ-RR 2010, 946. Als bislang letzte Entscheidung vgl BVerfG v. 24.01.2012 – Az. 1 BvL 21/11 zur Verfassungswidrigkeit der hamburgischen Regelung, die (anders als für Schankgaststätten) in Speisegaststätten keine abgetrennten Raucherbereiche zulässt.

[2]

S. auch *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG Art. 12 Rn 40; *Mann*, in: Sachs, GG Art. 12 Rn 137 ff; *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Rn 121.

[3]

BVerfG, NJW 2011, 3430. S. auch schon *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Rn 152 f mwN auch zu den bisher vertretenen Konstruktionen für das unionsrechtlich zwingende Ergebnis.

[4]

BVerfG, Beschluss v. 20.02.2017, Az. 2 BvR 63/15 (juris); BVerfG, Beschluss v. 15.12.2016, Az. 2 BvR 222/11; s. auch

ausf BVerfG, NVwZ 2014, 646 ff.

[5]

Ausdrücklich gefragt ist nach der Verfassungsbeschwerde zum BVerfG. Eine zB gem. Art. 130a LV RP grundsätzlich eröffnete Verfassungsbeschwerde zum Landesverfassungsgericht (VerfGH) schiede vorliegend aus, da Gegenstand der Verfassungsbeschwerde jedenfalls auch eine bundesgerichtliche Entscheidung ist. Der Hinweis auf das Annahmeverfahren (vgl dazu etwa *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht Rn 80 ff, 257 ff) ersetzt nicht die Prüfung der Zulässigkeit, da zwar im Annahmeverfahren offensichtlich unzulässige Verfassungsbeschwerden ausgeschieden werden, die Annahme aber keine bindende Entscheidung über die Zulässigkeit enthält.

[6]

Als Klausurfall *Heintzen/Albrecht*, Jura 2009, 787 (vorläufiger Rechtsschutz gegen den Widerruf der Gaststättenerlaubnis); vgl auch *Ruthig*, in: Hendler/Hufen/Jutzi, Landesrecht RP, § 6 Rn 22. Als gefahrenabwehrrechtliche Variante, ausschließlich gestützt auf das NRSG VG Neustadt, BeckRS 2017, 107009.

Fall 2 Die Smokers Lounge › Gliederung

Gliederung

38

A.	**Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde**			
	I.	Beteiligtenfähigkeit (Verfassungsbeschwerdefähigkeit)		
	II.	Beschwerdegegenstand: Akt öffentlicher Gewalt, § 90 Abs. 1 BVerfGG		
	III.	Verfassungsbeschwerdebefugnis, § 90 Abs. 1 BVerfGG		
	IV.	Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen		
B.	**Die Begründetheit der Verfassungsbeschwerde**			
	I.	Prüfungsmaßstab		
	II.	Vereinbarkeit des Rauchverbots mit Art. 12 GG		
		1.	Schutzbereich der Berufsfreiheit	
			a)	Sachlicher Schutzbereic
			b)	Persönlicher

				Schutzbereic
		2.	Eingriff	
		3.	Rechtfertigung des Eingriffs	
			a)	Vorbehalt des Gesetzes
			b)	Materielle Verfassungsm
	III.	Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG (gesetzl. Richter)		
		1.	EuGH als gesetzlicher Richter	
		2.	Verletzung der Vorlagepflicht	
			a)	Entscheidung
			b)	Auslegung des Unionsrechts Vereinbarkei mit der Niederlassun Art. 49

				AEUV
		3.	Willkürmaßstab	

Lösung
A. Die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde
I. Beteiligtenfähigkeit (Verfassungsbeschwerdefähigkeit)

39

Verfassungsbeschwerde kann gem. § 90 Abs. 1 BVerfGG von „jedermann“ mit der Behauptung erhoben werden, in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt zu sein. Gemeint sind solche des Grundgesetzes. Da die Verfassungsbeschwerdebefugnis also nicht auf die Verletzung von Unionsrecht gestützt werden kann, kann sich aus diesem auch nicht die Beteiligtenfähigkeit ergeben[1].

Exkurs:

Auch den Gewährleistungen der EMRK kommt kein Verfassungsrang zu, so dass sie ebenfalls kein geeigneter Prüfungsmaßstab für das Verfassungsbeschwerdeverfahren sind[2]. Das BVerfG zieht sie bzw die Entscheidungen des EGMR aber sehr wohl als Konkretisierungen der Grundrechte des GG heran[3]: Es müsse jedenfalls die Möglichkeit bestehen „in einem Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht zu rügen, staatliche Organe hätten eine Entscheidung des

Gerichtshofs missachtet oder nicht berücksichtigt. Dabei steht das Grundrecht in einem engen Zusammenhang mit dem im Rechtsstaatsprinzip verankerten Vorrang des Gesetzes, nach dem alle staatlichen Organe im Rahmen ihrer Zuständigkeit an Gesetz und Recht gebunden sind (vgl BVerfGE 6, 32, 41)".

Die Verfassungsbeschwerdebefugnis setzt voraus, dass der **Beschwerdeführer** überhaupt **Träger von Grundrechten** oder **grundrechtsgleichen Rechten** sein kann, knüpft also an die *Grundrechtsfähigkeit* an[4]. Während der Anspruch auf „ihren" gesetzlichen Richter für alle Prozessbeteiligten gilt[5], bedarf die Verfassungsbeschwerdebefugnis bei S im Übrigen näherer Prüfung. Träger von Grundrechten können (außer natürlichen Personen) nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des Art. 19 Abs. 3 GG nur **inländische juristische Personen** des Privatrechts sein. Maßgebend für die Qualifikation als inländisch ist der (tatsächliche) Sitz[6]. Danach ist S als ausländische juristische Person einzuordnen. Allerdings folgt aus den Grundfreiheiten und dem allgemeinen Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV das Verbot einer Ungleichbehandlung in- und ausländischer juristischer Personen. Jedenfalls im verfassungsgerichtlichen Verfahren lässt sich diese nur dadurch erreichen, dass man die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen aus Art. 19 Abs. 3 GG auf juristische Personen aus Mitgliedstaaten der EU erstreckt[7].

II. Beschwerdegegenstand: Akt öffentlicher Gewalt, § 90 Abs. 1 BVerfGG

40

Als Gegenstand der Verfassungsbeschwerde kann jeder Akt der öffentlichen Gewalt in Betracht kommen (§ 94 Abs. 3 BVerfGG). Vorliegend kommen also neben der in jedem Fall anzugreifenden **letztinstanzlichen Entscheidung** auch die Urteile der Vorinstanzen, der ursprüngliche Verwaltungsakt sowie das Gesetz in Betracht. In jedem Fall liegt nur eine Verfassungsbeschwerde vor[8].

Exkurs:

Im vorliegenden Fall bereitet dieser Prüfungspunkt keine Probleme. Anders verhält es sich bei der Frage, ob auch Akte „ausländischer Gewalt in Deutschland" Gegenstand der bundesverfassungsgerichtlichen Kontrolle sein können, wie es in der Maastricht-Entscheidung anklingt[9]. Dies kann jedoch allenfalls mittelbar der Fall sein, wenn entweder die Zustimmungs- oder Vollzugsgesetze Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sind. Ein Akt deutscher öffentlicher Gewalt liegt auch bei einem Gesetz vor, das der Umsetzung von Unionsrecht dient. Die Frage, ob dieses überhaupt am Maßstab der Grundrechte geprüft werden kann, ist dogmatisch am besten als Frage der Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung, also im Rahmen der Verfassungsbeschwerdebefugnis zu prüfen. Akte

von Unionsorganen (insb Richtlinien und Verordnungen) können selbst genauso wenig Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein wie die Mitwirkungsakte deutscher Organe[10].

III. Verfassungsbeschwerdebefugnis, § 90 Abs. 1 BVerfGG

41

Die Beschwerdebefugnis setzt voraus, dass der Beschwerdeführer durch den entsprechenden Akt öffentlicher Gewalt in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsgleichen Rechte verletzt wurde, dh er geltend macht, durch den angegriffenen hoheitlichen Akt selbst, gegenwärtig und unmittelbar in seinen Rechten betroffen zu sein. S rügt eine Verletzung des Grundrechts der Berufsfreiheit gem. Art. 12 GG. Es ist nicht von vorneherein auszuschließen, dass das Urteil bzw das gesetzliche Rauchverbot in ungerechtfertigter Weise in die gem. Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit der S in ungerechtfertigter Weise eingreifen (sachlicher Schutzbereich). Allerdings ist fraglich, inwieweit sich S überhaupt auf Art. 12 GG berufen kann (persönlicher Schutzbereich)[11]. Wenn man bei juristischen Personen schon gezwungen ist, Art. 19 Abs. 3 GG erweiternd auszulegen (s. o.), spricht vieles dafür, auch die **Deutschengrundrechte auf EU-Ausländer** anzuwenden. Für die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde kann diese Frage allerdings dahinstehen, da jedenfalls eine Berufung auf Art. 2 Abs. 1 GG möglich ist und dies für die Zulässigkeit der VB genügt[12]. Auf jeden Fall kann S Verfassungsbeschwerde mit der Behauptung erheben, in ihrem

Recht auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) verletzt zu sein[13]. Nicht gerügt werden können allerdings (unmittelbar) die Grundfreiheiten des AEUV.

Exkurs:

Nur bei der Rechtssatzverfassungsbeschwerde bedarf es zwingend näherer Prüfung, dass der Beschwerdeführer auch selbst, gegenwärtig und unmittelbar in seinen Grundrechten betroffen ist. Selbstverständlich ist es aber zulässig, diese Konkretisierung der Maßstäbe auch vorliegend anzusprechen: S macht geltend, in eigenen Grundrechten verletzt zu sein und ist daher selbst betroffen. Gegenwärtigkeit ist gegeben, wenn der Beschwerdeführer schon oder noch betroffen ist, dh die Beschwer weder nur zukünftig droht noch bereits wieder entfallen ist. Unmittelbarkeit liegt vor, wenn der angegriffene Akt ohne weiteren, vermittelnden Umsetzungsakt in den Rechtskreis des Beschwerdeführers einwirkt. Hinsichtlich des letztinstanzlichen Urteils ist dies ohne weiteres der Fall[14].

IV. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen

42

Die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen sind anzusprechen, bereiten aber bei einer Urteilsverfassungsbeschwerde keine Probleme. Insbesondere ist bei einer Verfassungsbeschwerde gegen ein Urteil des BVerwG der Rechtsweg ohne weiteres erschöpft, vgl § 90 Abs. 2 BVerfGG. Auf die Anhörungsrüge nach § 152a VwGO, die teilweise über den ausdrücklich geregelten Fall des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG und seine einfachgesetzlichen Konkretisierungen) auf Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG erstreckt wird[15] und dazu führen würde, dass dieser Rechtsbehelf Vorrang vor einer Verfassungsbeschwerde hat[16], war nach dem Bearbeitervermerk nicht einzugehen. Ebenfalls keiner näheren Erörterung bedarf mangels entsprechender Angaben die Frist (§ 93 BVerfGG).

Hinweis:

Obwohl in der Sache vor allem die gesetzliche Regelung angegriffen wird, ist die **Jahresfrist** des § 93 Abs. 3 BVerfGG nicht einschlägig, die lediglich die sog. Rechtssatzverfassungsbeschwerde (nur) gegen ein Gesetz betrifft, aber als rein prozessrechtliche Regelung selbstverständlich keine „Heilung" der Norm herbeiführt. Für die vorliegende Konstellation wird tlw der Begriff der „mittelbaren

Rechtssatzverfassungsbeschwerde“ verwendet, was aber nur klarstellt, dass im Rahmen einer Urteilsverfassungsbeschwerde zwar nur eine „inzidente Normenkontrolle“ stattfindet, über die Verwerfung einer Norm aber auf Grund der Ausnahmevorschrift des § 95 Abs. 3 Nr. 2 BVerfGG – genauso wie bei einer abstrakten Normenkontrolle – allgemeinverbindlich, dh mit Gesetzeskraft, entschieden wird (§ 31 Abs. 2 Nr. 2 BVerfGG).

B. Die Begründetheit der Verfassungsbeschwerde

Hinweis: Bei der Verfassungsbeschwerde wird die Verletzung von Grundrechten geprüft. Dogmatisch nicht überzeugend ist daher ein Aufbau, der nach formeller (insb Gesetzgebungsverfahren) und materieller Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes differenziert. Allerdings handelt es sich dabei um einen weit verbreiteten Fehler, der bei der Bewertung idR nicht allzu schwer gewichtet wird.

I. Prüfungsmaßstab

43

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn die staatliche Maßnahme den Beschwerdeführer in seinen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt. Die Prüfung beschränkt sich also auf die **Verletzung spezifischen Verfassungsrechts**[17]. **Maßstab der verfassungsgerichtlichen Prüfung** ist lediglich die Verletzung der in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG genannten Grundrechte und grundrechtsgleichen Rechte. Vorliegend könnte die Entscheidung insoweit auf der Verletzung spezifischen Verfassungsrechts, dh der Berufsfreiheit, beruhen, als das Gericht die Verfassungsmäßigkeit des § 7 NRSG unterstellt hat, sein Urteil also nicht auf einer verfassungsmäßigen Rechtsgrundlage beruht (dazu II). Nicht geprüft wird demgegenüber, ob das Gericht die einfachrechtliche Vorschrift des § 4 Abs. 1 Nr. 1 GastG zutreffend ausgelegt hat. Außerdem könnte das Recht auf den gesetzlichen Richter verletzt sein, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG (dazu III).

Hinweis:

Das BVerfG prüft die Frage einer spezifischen Verfassungsrechtsverletzung typischerweise wie hier am Beginn der Begründetheitsprüfung. Lediglich dann, wenn diese offensichtlich nicht gegeben ist, wird dies schon bei

der Verfassungsbeschwerdebefugnis angesprochen, da dann die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung von vornherein ausscheidet. Klausurtaktisch bietet der vorliegende Fall keinen Anlass, ausführlich auf die Beschränkung des Prüfungsumfanges des BVerfG einzugehen. Die sog. Schumannsche Formel, wonach das richterliche Urteil keine Rechtsfolge annehmen darf, die der einfache Gesetzgeber nicht als Norm erlassen dürfte, spielt im öffentlichen Recht vor allem bei solchen Sachverhalten eine Rolle, die stärker von unbestimmten Rechtsbegriffen und Ermessensspielräumen geprägt sind. Dass sich die Prüfung letztlich auf die Frage der Verfassungskonformität der einfachgesetzlichen Regelung beschränkt, wird im Folgenden bereits durch die Überschrift deutlich gemacht.

II. Vereinbarkeit des Rauchverbots mit Art. 12 GG

1. Schutzbereich der Berufsfreiheit

a) Sachlicher Schutzbereich

44

Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet als einheitliches Grundrecht die Freiheit der Berufswahl und der Berufsausübung. Die **Berufsfreiheit** umfasst „jede nicht sozialschädliche Tätigkeit, die auf Dauer angelegt ist und der Schaffung und Aufrechterhaltung einer Lebensgrundlage dient“[18]. Bei dem Betreiben einer Gaststätte handelt es sich um eine erlaubte Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung der Lebensgrundlage dient. Der Schutzbereich ist eröffnet.

b) Persönlicher Schutzbereich

45

Art. 12 GG ist seinem Wesen nach ohne weiteres auf juristische Personen anwendbar[19], sodass insoweit die Voraussetzungen des Art. 19 Abs. 3 GG vorliegen. Aus den dargelegten Gründen gilt dies über den Wortlaut hinaus auch für juristische Personen aus dem EU-Ausland.

Problematisch könnte allenfalls sein, inwieweit dies auch in Bezug auf Art. 12 Abs. 1 GG gilt, der ein Deutschengrundrecht darstellt. Würde man alleine auf den Wortlaut abstellen, schiede eine Berufung auf Art. 12 GG aus. Dem Diskriminierungsverbot des Art. 18 AEUV ließe sich wohl auch dadurch genügen, dass man die Maßstäbe des Art. 12 Abs. 1 GG in Art. 2 Abs. 1 GG hineinliest, auf den sich S jedenfalls berufen kann. Andererseits handelte es sich nur um eine verfassungsrechtsdogmatisch fragwürdige Behelfskonstruktion. Vor allem angesichts der erweiternden Auslegung des Art. 19 Abs. 3 GG (s.o. unter A.I.) sprechen die besseren Argumente für eine Erstreckung des Art. 12 GG auf EU-Ausländer[20].

2. Eingriff

46

Das in § 7 NRSG geregelte **Rauchverbot** stellt einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit dar[21].

3. Rechtfertigung des Eingriffs
a) Vorbehalt des Gesetzes

47

Die **Rechtfertigung** dieses Eingriffes setzt zunächst voraus, dass dieser auf einem **Gesetz** beruht und das Gesetz selbst **formell verfassungsgemäß** zustande gekommen ist. Der Gesetzesvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG wird – entgegen seinem Wortlaut – auf die gesamte Berufsfreiheit erstreckt[22]. Zu prüfen ist insb die **Gesetzgebungskompetenz**. Grundsätzlich haben die Länder das Recht der Gesetzgebung, soweit diese nicht durch eine Bundeskompetenz verdrängt wird. Eine Gesetzgebungskompetenz fehlt nach diesem Ansatz also nur dann, wenn es eine ausschließliche oder konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes gäbe und im letzteren Fall von dieser auch abschließend Gebrauch gemacht würde. Eine Bundeskompetenz folgt jedenfalls nicht aus dem Recht der Wirtschaft, da **Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG** das Recht der Gaststätten ausdrücklich von der Bundeskompetenz ausnimmt. Qualifiziert man also das Rauchverbot in Gaststätten als wirtschaftsrechtliche Regelung[23], ist nunmehr das Land ausschließlich zuständig. Fraglich könnte allenfalls sein, ob das Land zu einer gaststättenrechtlichen Regelung in der Lage wäre, ohne das bisherige GastG des Bundes durch ein eigenes – wenn auch möglicherweise weitgehend gleichlautendes – Gesetz zu

ersetzen. Dass eine Änderung des Bundesgesetzes durch das Land nicht möglich ist[24], steht solchen Regelungen nicht entgegen, die selbstständig neben das Bundesgesetz treten. Gegen eine Qualifikation als gaststättenrechtliche Regelung könnte angeführt werden, dass die Gefahren des Passivrauchens nicht unmittelbar vom Gastwirt ausgehen. Dies wäre jedoch eine zu enge Interpretation dieses Kompetenztitels. Auch sonst werden umweltbezogene oder gefahrenabwehrrechtliche Vorschriften unter Nr. 11 (Recht der Wirtschaft) gefasst, wenn sie der Gefahrenvorsorge in spezifischen Wirtschaftsbereichen dienen[25]. Allerdings betrifft das NRSG nicht nur solche wirtschaftsspezifischen Gefahren, so dass man möglicherweise, wie von P behauptet, auf **Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG** abstellen könnte. Diese Gesetzgebungskompetenz umfasst ua Maßnahmen gegen gemeingefährliche Krankheiten. Gemeingefährlich sind Krankheiten, die zu schwerer Gesundheitsschädigung oder zum Tod führen können und gleichzeitig weit verbreitet sind; Krebs ist damit einer der wichtigsten Fälle gemeingefährlicher Krankheiten[26]. Diese Frage kann jedoch dahinstehen. Selbst wenn man gesetzliche Rauchverbote als (präventive) Maßnahme zur Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten ansehen und damit die Gesetzgebungskompetenz des Bundes bejahen wollte[27], änderte dies nichts daran, dass der Bund in seinem NRSG jedenfalls von seiner (konkurrierenden) Kompetenz keinen Gebrauch gemacht und die Regelung von Rauchverboten in Gaststätten ausdrücklich den Ländern überlassen hat[28].

Anhaltspunkte für Fehler im Gesetzgebungsverfahren sind nicht ersichtlich.

b) Materielle Verfassungsmäßigkeit

48

Des Weiteren müsste § 7 NRSG auch materiell mit Art. 12 GG in Einklang stehen. Reine **Berufsausübungsregelungen** als mildeste Form des Eingriffes lassen sich durch **„vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls“** legitimieren[29]. Der Gesetzgeber darf dabei Zweckmäßigkeitserwägungen anstellen und hat vor allem bei der Festlegung arbeits-, sozial- und wirtschaftspolitischer Ziele einen weiten Gestaltungsspielraum[30]. Der Eingriff durch § 7 NRSG ist daher gerechtfertigt, wenn § 7 NRSG einem legitimen Zweck dient, geeignet und erforderlich ist, diesen Zweck zu verfolgen und sich insgesamt als angemessen darstellt.

aa) Die grundsätzliche Zulässigkeit eines Rauchverbots in Gaststätten

49

Legitim ist der Zweck, wenn er auf das Wohl der Allgemeinheit gerichtet ist bzw wenn für den Zweck ein staatlicher Schutzauftrag besteht. Hierbei steht dem Gesetzgeber ein weiter, gerichtlicher Prüfung nur eingeschränkt zugänglicher, Prognosespielraum zu. Der Zweck ist daher erst dann verfehlt, wenn die Erwägungen des Gesetzgebers vernünftigerweise keine Grundlage für gesetzgeberische Maßnahmen abgeben können[31]. Der Lebens- und Gesundheitsschutz der Nichtraucher stellt einen legitimen Zweck dar. Mit dem Nichtraucherschutzgesetz hat sich der rheinland-pfälzische Gesetzgeber, gestützt auf wissenschaftlich gesicherte Erkenntnisse über die gesundheitlichen Risiken und Gefährdungen durch aktives als auch passives Rauchen, von einem Schutzkonzept zugunsten der nichtrauchenden Besucher und Bediensteten von Schank- und Speisewirtschaften leiten lassen, was in der gesetzlichen Zweckbestimmung des § 1 Abs. 1 NRSG unmittelbar zum Ausdruck kommt. Für die Eignung reicht es aus, wenn durch die Berufsausübungsregelung der gewünschte Erfolg zumindest gefördert werden kann. Dies ist zu bejahen, weil ein Rauchverbot in Gaststätten das Ausmaß des Passivrauchens sowie die mit ihm verbundenen

Gesundheitsrisiken jedenfalls reduziert. § 7 NRSG müsste auch **erforderlich** sein. Erforderlich ist ein Gesetz, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder weniger stark einschneidendes Mittel hätte wählen können. Als milderes Mittel kämen zB die Förderung von Selbstbeschränkungsabkommen, aber auch präventive Maßnahmen wie Werbeverbote in Betracht. Bei der Beurteilung der Erforderlichkeit sowie bei der in diesem Zusammenhang vorzunehmenden Einschätzung und Prognose der dem Einzelnen oder der Allgemeinheit drohenden Gefahren steht dem Gesetzgeber jedoch eine Einschätzungs- und Entscheidungsprärogative zu. Die bisherigen Erfahrungen lassen sogar an der Eignung dieser Alternativmaßnahmen zweifeln, stellen aber jedenfalls die Erforderlichkeit des Rauchverbots nicht in Frage.

Das Rauchverbot müsste auch **angemessen** sein. Das wäre der Fall, wenn das mit ihm verfolgte Ziel in seiner Wertigkeit gegenüber der Intensität des Eingriffs nicht unverhältnismäßig ist. Hierbei muss eine Abwägung zwischen der Intensität des Eingriffs in das grundrechtlich geschützte Rechtsgut und der Wertigkeit des verfolgten Zwecks des Gesetzes stattfinden. Dem könnte entgegenstehen, dass die Gastwirte erhebliche Umsatzeinbußen geltend machen, da sie fürchten, dass das Rauchverbot den Aufenthalt in ihren Einrichtungen für Raucher unattraktiv macht: Selbst wenn man diese bisher nicht statistisch bestätigte Behauptung als zutreffend unterstellt, ist

zu berücksichtigen, dass Nichtraucher gerade in Gaststätten besonderen Belastungen ausgesetzt sind[32]. Im Ergebnis ist ein Rauchverbot also grundsätzlich verhältnismäßig[33]. Dies gilt selbst dann, wenn ein solches für einzelne existenzgefährdende Auswirkungen hat[34]. Ein generelles Rauchverbot wäre daher nicht zu beanstanden[35], selbst wenn es die gerade auf Rauchen angelegte „Themengastronomie“ einschließt[36].

bb) Die Systemgerechtigkeit der Ausnahmeregelung

50

Allerdings hat der Gesetzgeber in § 7 Abs. 2 NRSG **Ausnahmetatbestände** geschaffen und damit selbst sein **Schutzkonzept durchbrochen.** Damit gibt der Gesetzgeber zu erkennen, dass er dem Gesundheitsschutz einen gegenüber einer ausnahmslosen Regelung nur reduzierten Stellenwert einräumt, wodurch sich auf der anderen Seite die Argumentationslast hinsichtlich der Rechtfertigung für ein Absehen von Ausnahmen auch für andere Bereiche zulasten des Gesetzgebers verschiebt. Solche Ausnahmeregelungen müssen sich daher auf ihre Konsequenz und Folgerichtigkeit überprüfen lassen[37]. Dies kann sub specie des Art. 12 GG als Frage der Angemessenheit, aber auch im Rahmen des Art. 3 GG geprüft werden[38].

Nicht zu beanstanden ist die **flächenmäßige Begrenzung** der Einraumkneipenregelung auf Räumlichkeiten mit weniger als 75 m^2. Diese dürfte sachgerecht sein[39], überschreitet aber vor allem nicht die Grenzen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums. Da Praktikabilität und Einfachheit des Rechts zu den notwendigen Voraussetzungen eines gleichheitsgerechten Gesetzesvollzugs gehören, ist der Gesetzgeber befugt, auch generalisierende und typisierende Regelungen zu treffen. Die Tatsache, dass der Umbau zu

einer Mehrraumkneipe hier nicht an der Bereitschaft der S, sondern dem Denkmalschutzrecht scheiterte, steht dieser Typisierungsbefugnis daher wohl auch nicht entgegen.

Allerdings könnte die Regelung aus einem anderen Grund gegen die Verfassung verstoßen. Obwohl in Gaststätten, die über Nebenräume verfügen und in Einraumkneipen bis zu einer bestimmten Größe (§ 7 Abs. 2 NRSG) sowie in Wein-, Bier- und Festzelten (§ 7 Abs. 5 NRSG) das Rauchen erlaubt ist, **fehlt es an Ausnahmeregelungen für die Erlebnisgastronomie**, also solche Gaststättenkonzepte, die erkennbar durch eine Verknüpfung von Getränke- und Tabakkonsum gekennzeichnet sind. Insoweit könnte man an der Konsequenz und Folgerichtigkeit der Regelung zweifeln. Gerade weil der Gesetzgeber sein Schutzkonzept an der Gesundheit der Nichtraucher ausrichtet[40], überzeugt es nicht ohne Weiteres, dass solche Gastronomiekonzepte verboten werden, die sich überhaupt nur an Raucher wenden. Diese dürften kaum von Nichtrauchern aufgesucht werden und gefährden diese viel weniger als es etwa bei einem Festzelt der Fall ist. Dies gilt umso mehr, als die Umstellung für S jedenfalls in ihren Auswirkungen einer Betriebsaufgabe gleichkommen würde[41]. Damit kann man die Verfassungsmäßigkeit der Regelung verneinen. Allerdings besteht bei einer derart strengen Prüfung der Ausnahmen die Gefahr, dass man vom Gesetzgeber ein „alles oder nichts“ verlangt, wenn zwar ein generelles Rauchverbot verfassungskonform ist, eine Ausnahmeregelung

aber zwangsläufig typisieren muss[42]. Dementsprechend hat das BVerfG in den späteren Entscheidungen wohl großzügigere Maßstäbe angelegt. Danach wäre es zulässig, die Ausnahmeregelungen ausschließlich an der Betriebsgröße zu orientieren. Allenfalls könnte man in einem solchen Fall vom Gesetzgeber eine Begründung für die Differenzierung verlangen[43], die im vorliegenden Fall allerdings fehlt. Auch ein solches Begründungserfordernis ist allerdings nicht unproblematisch, schuldet doch der Gesetzgeber nach verbreiteter Auffassung „nichts als das Gesetz“. Es muss daher genügen, wenn sich das hinter einer Regelung stehende Konzept aus dieser entnehmen lässt.

Hinweis:

In der Klausur sind selbstverständlich auch nach der eher knappen gegenteiligen Entscheidung weiterhin unterschiedliche Auffassungen vertretbar. Es kommt entscheidend auf die Begründung an.

III. Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG (gesetzl. Richter)

51

S rügt außerdem, dass das BVerwG die Frage der Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit nicht gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV dem EuGH vorgelegt habe. Darin könnte ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG liegen. Dies setzt voraus, dass der EuGH als gesetzlicher Richter iSd Vorschrift zu sehen ist und das Gericht seine Vorlagepflicht (dazu 2.) willkürlich (dazu 3.) außer Acht gelassen hat.

1. EuGH als gesetzlicher Richter

52

Der EuGH ist gesetzlicher Richter iSd Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, wie das BVerfG erstmals in der Solange II-Entscheidung entschieden hat. Dieser sei „ein durch die Gemeinschaftsverträge errichtetes hoheitliches Rechtspflegeorgan, das auf der Grundlage und im Rahmen normativ festgelegter Kompetenzen und Verfahren Rechtsfragen nach Maßgabe von Rechtsnormen und rechtlichen Maßstäben in richterlicher Unabhängigkeit grundsätzlich endgültig entscheidet“[44]. Zum gesetzlichen Richter iSd Grundgesetzes werde der EuGH durch die „**funktionelle Verschränkung der Gerichtsbarkeit** der Europäischen Gemeinschaften mit der Gerichtsbarkeit der Mitgliedstaaten“ sowie den Umstand, „dass die Gemeinschaftsverträge [. . .] Teil der innerstaatlich geltenden Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland und von ihren Gerichten zu beachten, auszulegen und anzuwenden“[45] seien.

2. Verletzung der Vorlagepflicht

53

Das BVerwG müsste zudem seine Vorlagepflicht verletzt haben. Eine solche ergibt sich aus **Art. 267 Abs. 3 AEUV**. Nach der Rechtsprechung des EuGH muss „ein Gericht, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, seiner Vorlagepflicht nachkommen, wenn in einem bei ihm schwebenden Verfahren eine Frage des Unionsrechts gestellt wird, es sei denn, es hat festgestellt, dass die gestellte Frage nicht entscheidungserheblich ist, dass die betreffende unionsrechtliche Frage bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war oder dass die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt; ob ein solcher Fall gegeben ist, ist unter Berücksichtigung der Eigenheiten des Unionsrechts, der besonderen Schwierigkeiten seiner Auslegung und der Gefahr voneinander abweichender Gerichtsentscheidungen innerhalb der Union zu beurteilen“[46].

a) Entscheidungserheblichkeit

54

Entscheidungserheblich ist eine Frage dann, wenn es auf diese im Ergebnis ankommt. Dies wäre unproblematisch gegeben, wenn man die Verfassungsmäßigkeit des § 7 NRSG bejaht. Eine verfassungswidrige Vorschrift ist demgegenüber nichtig und braucht somit auch nicht dem EuGH vorgelegt zu werden. Da aber das BVerwG offensichtlich von der Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift ausgegangen ist, kam es aus seiner Sicht auf die Vereinbarkeit mit Europarecht an. Verstieße die Norm nämlich gegen die Grundfreiheiten, wäre sie wegen des Vorrangs des Unionsrechts nicht anzuwenden.

b) Auslegung des Unionsrechts: Vereinbarkeit mit der Niederlassungsfreiheit, Art. 49 AEUV

55

Eine Vorlagepflicht bestünde allerdings nicht, wenn die **Auslegung des Unionsrechts offenkundig** wäre.

aa) Anwendungsbereich

56

Der persönliche und sachliche Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit müsste eröffnet sein. Die Niederlassungsfreiheit schützt die selbstständige wirtschaftliche Erwerbstätigkeit in einem anderen Mitgliedsstaat auf unbestimmte Dauer[47]. S ist als englische Limited eine juristische Person des Privatrechts aus einem EU-Mitgliedsstaat, die eine Niederlassung in Deutschland eröffnen und sich damit dauerhaft in das Wirtschaftsleben in Deutschland integrieren möchte. Insoweit bestehen gegen die Anwendbarkeit der Niederlassungsfreiheit keine Bedenken.

bb) Eingriff

57

Die Niederlassungsfreiheit verbietet zunächst die Diskriminierung gegenüber den Staatsangehörigen des Bestimmungsstaates. § 7 NRSG gilt aber unterschiedslos für Aus- und Inländer. Eine versteckte Diskriminierung ist anzunehmen, wenn durch eine an sich unterschiedslose Vorschrift faktisch Ausländer stärker betroffen werden, weil die Voraussetzungen der Norm sie stärker belasten[48]. Das Rauchverbot des § 7 NRSG erfasst alle Gewerbetreibenden im Gaststättengewerbe und verlangt EU-Ausländern wie S, die im Inland eine Gaststätte eröffnen, nicht mehr ab, als einem Inländer[49]. Eine Diskriminierung scheidet somit aus. Nach der **Dassonville-Formel** sind darüber hinaus jedoch alle Maßnahmen gleicher Wirkung verboten. Darunter fallen alle Handelsregelungen eines Mitgliedstaates, die geeignet sind, den zwischenstaatlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern[50]. Indem das Gaststättengewerbe einem Rauchverbot unterliegt und S seine Tätigkeit als Gaststättenbetreiber nicht einfach beliebig gestalten kann, stellt § 7 NRSG folglich eine wirtschaftshemmende Regelung dar, die die durch den AEUV verbürgte Niederlassungsfreiheit einschränkt.

Allerdings hat das BVerwG unter Hinweis auf die **Keck-**

Rechtsprechung bereits einen Eingriff in den Schutzbereich verneint. Mit dieser Rechtsprechung hat sich der EuGH, zunächst bei der Warenverkehrsfreiheit, angesichts seines weiten Eingriffsbegriffes um eine Begrenzung des Schutzbereiches bemüht. Danach fallen „bestimmte Verkaufsmodalitäten" dann nicht in den Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit, wenn sie für alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gelten, die ihre Tätigkeit im Inland ausüben und außerdem den Absatz in- und ausländischer Waren in rechtlich wie tatsächlich gleicher Weise berühren[51]. Obschon dies der EuGH nur für die Dienstleistungsfreiheit ausdrücklich entschieden hat[52], dürfte sich der Grundsatz auch auf die anderen Grundfreiheiten anwenden lassen, soweit es sich um nichtdiskriminierende und marktverhaltensbezogene Vorschriften handelt[53]. Andererseits hat der EuGH zur Niederlassungsfreiheit lapidar entschieden, dass alle „nationalen Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen", einer Rechtfertigungspflicht unterliegen[54]. Etwa bei Regelungen über Öffnungszeiten, die unter die Keck-Rechtsprechung fielen, hat er eine Beschränkung mit dem Argument abgelehnt, dass die jeweils geltend gemachten Behinderungen zu ungewiss und rein hypothetischer Natur seien. Dogmatisch sind diese Ausführungen allerdings nicht ausgereift: „Dieser Ansatz weist aber einen letztlich rein tatsächlichen Charakter auf, ist dogmatisch kaum konturiert

und trägt damit insbesondere nichts zur Frage bei, ob und inwieweit die Grundfreiheiten tatsächlich darauf begrenzt sind, spezifische Behinderungen des grenzüberschreitenden Wirtschaftens in Frage zu stellen“[55]. Schwieriger zu bewerten ist die Frage, was bei der Niederlassungsfreiheit als Äquivalent zu den „Verkaufsmodalitäten“ anzusehen ist. Zu diesen gehören anerkanntermaßen Verkaufsbeschränkungen, etwa die Apothekenpflichtigkeit bestimmter Arzneimittel[56]. Mit einem solchen könnte man das Rauchverbot vergleichen. Wie ein Verkaufsverbot, das für sämtliche Waren (aus dem In- und Ausland) gilt, betrifft es alle Dienstleistungsanbieter gleichermaßen, erschwert also nicht den Zugang gerade von Ausländern. Andererseits könnte man dies gerade bei der Konzeptgastronomie auch anders sehen, wird es doch dem S durch die Vorschrift unmöglich gemacht, sich mit seinem (im Ausland erfolgreichen) konkreten Konzept auf dem deutschen Markt zu etablieren, so dass sich das Rauchverbot jedenfalls wie eine produktbezogene Vorschrift auswirkt. Dies spricht eher gegen eine Anwendung der Keck-Grundsätze.

cc) Rechtfertigung

58

Selbst wenn aber die Grundsätze der Keck-Rechtsprechung zu Unrecht herangezogen worden wären, könnte sich die Entscheidung im Ergebnis dann als richtig erweisen, wenn die Maßnahme jedenfalls gerechtfertigt ist. Eine Rechtfertigung kommt bei Maßnahmen gleicher Wirkung durch geschriebene (Art. 51, 52 AEUV) und **ungeschriebene Rechtfertigungsgründe** in Betracht. Da erstere offensichtlich ausscheiden, könnte sich eine Rechtfertigung nur aus **zwingenden Gründen des Allgemeinwohls** ergeben[57]. In Betracht kommt hier der Schutz des Rechtsgutes Gesundheit, insb auch bei Minderjährigen. Mit dem Nichtraucherschutzgesetz wollte der rheinland-pfälzische Gesetzgeber die Bevölkerung vor den Gefahren des Rauchens schützen und auch den Tabakkonsum bei Minderjährigen eindämmen[58]. Auch der EuGH misst sowohl dem **Schutz der Volksgesundheit** wie auch dem Minderjährigenschutz einen besonders hohen Rang bei. Angesichts dessen und vor dem Hintergrund der wissenschaftlich gesicherten Erkenntnisse über die Gesundheitsschädlichkeit des Passivrauchens ist der dadurch erfolgende Eingriff in die Niederlassungsfreiheit insoweit grundsätzlich gerechtfertigt.

Allerdings wäre möglicherweise aus den gleichen Gründen

wie bei der Frage der Vereinbarkeit der Regelung mit Art. 12 GG (vgl oben) ein Schutzkonzept, das keine Ausnahmen für eine ausgewiesene Rauchergastronomie vorsieht, als europarechtswidrig anzusehen. Das gilt umso mehr, als der EuGH in verschiedenen Zusammenhängen sogar noch stärker als das BVerfG den Gedanken der **System- und Folgerichtigkeit eines gesetzgeberischen Konzepts** betont. Deshalb erschiene es durchaus denkbar, dass der EuGH für diesen Fall eine Ausnahmeregelung einfordern könnte. Dies gilt umso mehr, als der EuGH in den Entscheidungen zum Glücksspielrecht die Stimmigkeit des Gesamtkonzepts über die Grenzen der konkreten Normen und sogar der Gesetzgeber hinaus beurteilt hat[59]. Wollte man dies auf die vorliegende Konstellation übertragen, stünde vermutlich der gesamte Nichtraucherschutz auf dem Prüfstand. Die Inkohärenz würde dann nach Ansicht des EuGH bereits die Eignung der einzelnen Regelung in Frage stellen[60]. Diese Fragen bedürfen jedoch keiner abschließenden Entscheidung, da im vorliegenden Verfahren nur die Frage einer Vorlageverpflichtung zu prüfen ist. Nach der EuGH-Rechtsprechung darf ein innerstaatliches Gericht nur dann davon ausgehen, dass ein Fall vorliegt, in dem die richtige Anwendung des Unionsrechts derart offenkundig ist, dass kein Raum für einen vernünftigen Zweifel an der Entscheidung der gestellten Frage bleibt und deshalb die grundsätzliche Vorlagepflicht ausnahmsweise entfällt, wenn es überzeugt ist, „dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und

den Gerichtshof die gleiche Gewissheit bestünde. Nur dann darf das innerstaatliche Gericht davon absehen, diese Frage dem Gerichtshof vorzulegen und sie stattdessen in eigener Verantwortung lösen“[61]. Angesichts der Komplexität der Problematik lagen diese Voraussetzungen aber im vorliegenden Fall aus den dargelegten Gründen gerade nicht vor. Damit hätte das BVerwG den Fall gem. Art. 267 Abs. 3 AEUV dem EuGH vorlegen müssen.

3. Willkürmaßstab

59

Ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG setzt aber nach der Rechtsprechung des BVerfG weiter voraus, dass die Vorlage willkürlich unterblieb[62]. Hierfür stellt das Gericht nicht auf die – verfahrensrechtliche – Frage, inwieweit die Prozessbeteiligten im Verfahren zur Frage der Vorlageverpflichtung substantiiert vorgetragen haben[63], sondern auf materielle Aspekte ab. Nach ständiger Rechtsprechung liegt Willkür dann vor, wenn „die Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsregel des Art. 267 Abs. 3 AEUV bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz bestimmenden Gedanken nicht mehr verständlich erscheint und offensichtlich unhaltbar ist“[64]. Damit sind freilich die an die **Konkretisierung** dieser „Willkür-Formel“ anzulegenden Maßstäbe noch nicht geklärt. Zwar hat das BVerfG[65] ausdrücklich anerkannt, dass „für die konkrete inhaltliche Bestimmung dessen, was im Einzelfall Willkür ist, auch das Gemeinschaftsrecht und die völkervertragliche Verpflichtung der Bundesrepublik Deutschland […] zu beachten sind“. Es betonte allerdings vor allem die verfassungsgerichtlichen Selbstbeschränkung. Die Frage nach dem gesetzlichen Richter bleibe eine solche des nationalen Rechts, die außerdem in allen Fällen der Vorlageverpflichtung nach gleichen Maßstäben geprüft werden und die Funktion des BVerfG beachten müsse.

Genauso wenig wie eine Superrevisionsinstanz ist das BVerfG ein nationales oberstes „Vorlagen-Kontroll-Gericht“. Vor diesem Hintergrund unterscheidet es drei Konstellationen[66]: Eine „grundsätzliche Verkennung der Vorlagepflicht“ liegt erstens vor, wenn das Gericht die Vorlagepflicht grundsätzlich verkennt, eine Vorlage also überhaupt nicht in Erwägung zieht, obwohl es die Frage für entscheidungserheblich hält und selbst Zweifel an der richtigen Beantwortung der Vorlagefrage hat[67]. Die zweite Fallgruppe liegt vor, wenn die Entscheidung „bewusst von der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu entscheidungserheblichen Fragen abweicht“[68]. Beide Varianten sind hier nicht einschlägig. Es liegt vielmehr zur entscheidungserheblichen Frage der Übertragbarkeit der Keck-Rechtsprechung noch keine EuGH-Entscheidung vor. Hat das Gericht „die entscheidungserhebliche Frage möglicherweise noch nicht erschöpfend beantwortet oder erscheint eine Fortentwicklung der Rechtsprechung des Gerichtshofs nicht nur als entfernte Möglichkeit (Unvollständigkeit der Rechtsprechung)“[69], sei Willkür nur dann anzunehmen, „wenn das letztinstanzliche Hauptsachegericht den ihm in solchen Fällen notwendig zukommenden Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschreitet“[70].

60

Dies sei dann nicht der Fall, wenn das entsprechende Gericht nach Auslegung und Anwendung des materiellen Unionsrecht entweder zu dem vertretbaren Ergebnis gelangt,

dass „die Rechtslage entweder von vorneherein eindeutig („acte claire“) oder durch Rechtsprechung in einer Weise geklärt ist, die keinen vernünftigen Zweifel offenlässt („acte éclaire“)“[71]. Das Gericht muss für diese Beurteilung die einschlägige Rechtsprechung des Gerichtshofs auswerten und sich mit den entsprechenden Vorschriften des materiellen Unionsrecht vertraut machen[72] und für sein Ergebnis eine einleuchtende Begründung liefern[73]. In der Sache hat es damit die anzulegenden Maßstäbe gegenüber der früheren Willkürkontrolle erheblich verschärft[74]. Die Schwierigkeiten, die die Keck-Formel EuGH und Generalanwalt bereiten, hätten nach der traditionellen Willkürformel dazu geführt, dass man die Entscheidung als jedenfalls nicht unhaltbar ansehen und damit die Verletzung der Vorlagepflicht hätte verneinen können. Nach den neuen Maßstäben hätte sich das Gericht intensiv(er) mit der Frage auseinandersetzen und angesichts der Unklarheiten um die Keck-Rechtsprechung[75] dem EuGH die Gelegenheit zur Rechtsfortbildung geben müssen. Daher liegt im Ergebnis auch ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG vor.

Hinweis:

Selbstverständlich ist an dieser Stelle mit der entsprechenden Begründung auch das gegenteilige Ergebnis begründbar. Entscheidender als die Kenntnis der aktuellen Rechtsprechung ist Problembewusstsein.

Anmerkungen

[1]

Die Grundfreiheiten können daher nicht unmittelbar mit der Verfassungsbeschwerde verteidigt werden, BVerfGE 110, 141, 154 f; *Hillgruber*, Verfassungsprozessrecht, Rn 126a mwN.

[2]

BVerfGE 111, 307, 317.

[3]

Vgl BVerfGE 111, 307, 329 f.

[4]

Pieroth, in: Jarass/Pieroth, Art. 93 Rn 80; *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Rn 1255, 1265; *Sachs*, Verfassungsprozessrecht, 2004, Rn 447. Die Frage partiell fehlender Grundrechtsfähigkeit (hinsichtlich der Deutschengrundrechte) wird nach dieser Auffassung frühestens für die Frage der Verfassungsbeschwerdebefugnis relevant. Insoweit aA *Benda/Klein*, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl 2001, Rn 426; *Hillgruber/Goos*, Verfassungsprozessrecht, Rn 104 ff, die (auch) auf die konkret erhobene Verfassungsbeschwerde abstellen. Diese Auffassung wird vor allem damit begründet, dass sich ja jedermann auf die Prozessgrundrechte berufen könne und deswegen beteiligtenfähig sei, verwischt jedoch die Grenzen zur Verfassungsbeschwerdebefugnis. Selbstverständlich sind in der

Klausur beide Auffassungen vertretbar.

[5]

StRspr, vgl BVerGE 12, 6, 8; 18, 441, 447; 64, 1, 11.

[6]

Inländisch ist also nach der hier vertretenen Auffassung ungeachtet der (möglicherweise „ausländischen“) Rechtsform eine juristische Person, die ihren Sitz, dh ihr faktisches Verwaltungszentrum, im Inland hat. Teile des Schrifttums hatten bisher weitergehend verlangt, dass die (inländische) juristische Person auch nicht von Ausländern beherrscht wird, vgl *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, Art. 19 Rn 22 mwN.

[7]

Zu dieser „Anwendungserweiterung des deutschen Grundrechtsschutzes“ ausf BVerfGE 129, 78, = NJW 2011, 3428, 3430 ff.

[8]

Vgl näher zum Beschwerdegegenstand *Pieroth/Schlink*, Grundrechte Rn 1233; aA *Hillgruber/Goos*, Rn 92. Dass die Aufspaltung in unterschiedliche „Streitgegenstände“ (für die dann auch in der Tat jeweils getrennt die Zulässigkeit der VB zu prüfen wäre, vgl *Hillgruber/Goos*, Rn 92a) nicht weiterführt, belegen die Ausführungen des BVerfG zu solchen Fällen, in denen sich die Verfassungsbeschwerde ausdrücklich auf die letztinstanzliche Entscheidung beschränkt. Hier entnimmt das BVerfG ggf der Begründung, dass sie sich auch gegen den im Verfahren aufrecht erhaltenen Ausgangsbescheid und

die Entscheidungen der Vorinstanzen richtet, vgl BVerfGE 6, 386, 387; 54, 53, 64 ff. Würde es sich um einen nicht vom Antrag erfassten Streitgegenstand handeln, wäre dies prozessrechtlich unzulässig. Die tlw abweichende Argumentation in BVerfGE 19, 377, 389 ist nur mit der damaligen besonderen Lage in Berlin (Besatzungsvorbehalt) zu erklären. Beschränkt sich die materielle Prüfung gar wie hier bei der Urteilsverfassungsbeschwerde auf die Verfassungsmäßigkeit der zugrunde gelegten Norm (s. Rn 43), kann dies erst recht nicht als anderer Streitgegenstand gedeutet werden. Klausurtaktisch ist es nicht empfehlenswert diese Frage zu vertiefen.

[9]

BVerfGE 89, 155 LS 7; s. auch *Streinz*, Europarecht Rn 247.

[10]

BVerfGE 22, 293, 295 ff; *Streinz*, Europarecht Rn 245. Für die Prüfung der vom BVerfG in Anspruch genommenen erweiterten Kompetenzen bei sog „ausbrechenden Rechtsakten" besteht hier kein Anlass, vgl dazu *Mager*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, EUV Art. 19 Rn 93 ff.

[11]

Ruthig, in: *Ruthig/Storr*, Rn 151 ff mwN.

[12]

Vgl auch *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Rn 1265, 130 ff mwN. BVerfG, NJW 2011, 3428 hatte diese Frage nicht zu entscheiden, da eine Verletzung des Art. 14 GG gerügt wurde. Es ist aber selbstverständlich vertretbar, diese Frage bereits iRd

Verfassungsbeschwerdebefugnis zu erörtern.

[13]

BVerfGE 64, 1, 11.

[14]

Aber auch hinsichtlich der Norm läge die Voraussetzung vor: Das Rauchverbot ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz, ohne dass es eines behördlichen Umsetzungsakts oder einer sonstigen hoheitlichen Maßnahme bedarf. Damit wäre auch eine Rechtssatzverfassungsbeschwerde zulässig (davon gehen ohne weitere Begründung zB auch aus BVerfG, NVwZ 2011, 294; VerfGH RP, LKRZ 2010, 216).

[15]

Ausf zu den unterschiedlichen Begründungsansätzen *Schenke*, in: Kopp/Schenke, § 152a VwGO Rn 17 ff. Zum Verhältnis von Verfassungsbeschwerde und Anhörungsrüge *Schenke*, aaO Rn. 16c; *Thiemann*, DVBl 2012, 1422 jeweils mwN.

[16]

Die Entlastung des BVerfG war ausdrücklicher Zweck der Regelung, die auf eine Entscheidung des BVerfG zurückgeht, vgl BVerfG, NJW 2003, 1924; dazu auch *Schenke*, in: Kopp/ Schenke, § 152a VwGO Rn 1 f.

[17]

Dazu ausf *Kingreen/Poscher*, Grundrechte Rn 1304 ff; zur vorliegenden Konstellation *Schenke*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, 1587, S. 59.

[18]

BVerfGE 97, 228, 252; s. auch *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG Art. 12 Rn 5.

[19]

BVerfGE 97, 228, 253; 105, 252, 265; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG Art. 12 Rn 13.

[20]

Selbstverständlich sind wie bei Art. 19 Abs. 3 GG auch hier beide Auffassungen vertretbar; man sollte die Frage allerdings nach einheitlichen Maßstäben beurteilen. Auch Art. 19a LV RP erstreckt die Deutschengrundrechte auf EU-Ausländer. Das BVerfG hat diese Frage allerdings bisher offen gelassen, vgl etwa BVerfG NJW 2016, 1436.

[21]

S. auch *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Rn 126. Soweit der Prüfungsmaßstab bei der VB bereits als Problem der Zulässigkeit behandelt wurde, kann man sich kurz fassen und auf das Gesetz als den eigentlich entscheidenden Eingriff abstellen. Wer dort (nur) auf das letztinstanzliche Urteil abstellt, muss spätestens an dieser Stelle auf den begrenzten Prüfungsmaßstab eingehen, aber eben auch erkennen, dass die gesetzlichen Regelungen selbstverständlich voll auf ihre Verfassungsmäßigkeit überprüft werden.

[22]

BVerfGE 7, 377, 401 f; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG Art. 12 Rn 27.

[23]

Vgl zu den Gesetzgebungskompetenzen im Öffentlichen Wirtschaftsrecht *Ruthig*, in: Hendler/Hufen/Jutzi, Landesrecht RP, § 6 Rn 1 ff; aA *Rossi/Lenski*, NJW 2006, 2657, 2659 f; *Siekmann*, NJW 2006, 3382, 3384.

[24]

Degenhart, in: Sachs, GG Art. 125a Rn 6.

[25]

Degenhart, in: Sachs, GG Art. 74 Rn 52.

[26]

S. mwN *Degenhart*, in: Sachs, GG Art. 74 Rn 84; *Rossi/Lenski*, NJW 2006, 2657 ff.

[27]

So etwa ausdrücklich mit Bezug zum Rauchverbot *Degenhart*, in: Sachs, GG Art. 74 Rn 85; *Siekmann*, NJW 2006, 3382, 3383 f; *Zuck*, DÖV 1993, 936, 939. Dass Nr. 19 auch die Prävention erfasst, ist unstreitig, s. nur *Degenhart*, in: Sachs, GG Art. 74 Rn 85 mwN.

[28]

So auch *Scheidler*, BayVBl. 2010, 645; für Rheinland-Pfalz *Krist*, LKRZ 2008, 452. Ausf zu weiteren möglichen Kompetenztiteln *Rossi/Lenski*, NJW 2006, 2657 ff; *Siekmann*, NJW 2006, 3382 ff; als Klausurfall (Bundesgesetz) *Betzinger/Wöhler*, NdsVBl. 2009, 59.

[29]

S. etwa BVerfGE 7, 377, 405 f; 93, 362, 369; 103, 1, 10.

[30]

BVerfGE 81, 156, 186.

[31]

BVerfGE 77, 84, 106.

[32]

Nach Auffassung des Deutschen Krebsforschungszentrums in Heidelberg (DKFZ) gibt es keine anderen Gewerbebetriebe mit einem vergleichbaren und dabei leicht vermeidbaren Gesundheitsrisiko, vgl www.tabakkontrolle.de.

[33]

Ebenso die Entscheidungen des BVerfG, NJW 2008, 2409 und 2701 sowie dem folgend RhPfVerfGH, LKRZ 2008, 454. Vgl auch BVerfG, NVwZ 2010, 1289 zum neuerlichen strikten Rauchverbot in Bayern.

[34]

BVerfG, GewArch 2009, 450 im Anschluss an BVerfGE 121, 317.

[35]

BVerfG, NJW 2008, 2409. Allerdings hatte lediglich Bayern mit dem Gesundheitsschutzgesetz (GSG) v. 20.12.2007 (BayGVBl. S. 919) ein striktes Rauchverbot ohne Ausnahmetatbestände erlassen, das vom BVerfG ausdrücklich gebilligt worden ist, s. BVerfG, NJW 2008, 2701 m. Aufs. *Bäcker,* DVBl. 2008, 1179. Diese wurde dann zunächst gelockert (zur Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung BVerfG, NVwZ 2010, 38), anschließend jedoch in dem durch einen Volksentscheid beschlossenen neuen Gesundheitsschutzgesetz

v. 23.7.2010 (BayGVBl S. 314) wiederhergestellt; zu dessen Verfassungsmäßigkeit BVerfG, NVwZ 2010, 1289.

[36]

BVerfG. NVwZ 2011, 294 zu einer bayer. Shisha-Kneipe. Ebenso VerfGH Bayern in seiner Eilentscheidung v. 24.9.2010, NVwZ-RR 2010, 946 ff.

[37]

S. auch *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Rn 146 f; speziell zu Rheinland-Pfalz *Ruthig*, in: Hendler/Hufen/Jutzi, Landesrecht RP, § 6 Rn 20 f. Der wesentliche Inhalt der Norm (Nichtraucherschutzgesetz RP v. 5.10.2007 (GVBl. S. 188) idF des Änderungsgesetzes v. 26.5.2009 (GVBl. S. 205), auf den sich die Ausführungen im Text beziehen, wurde im Sachverhalt wiedergegeben; vergleichbare Ausnahmeregelungen finden sich in allen Bundesländern, die kein uneingeschränktes Rauchverbot erlassen haben; die Unterschiede im Detail spielen für die verfassungsrechtliche Argumentation zum Kohärenzgebot keine Rolle.

[38]

Ruthig, in: Ruthig/Storr, Rn 146.

[39]

Sie geht auf eine Vereinbarung zwischen dem Bundesministerium für Gesundheit und Soziale Sicherung und dem Bundesverband des Deutschen Hotel- und Gaststättenverbandes vom 1.3.2005 zurück und wurde damit begründet, dass für kleinere Lokale eine Trennung von Raucher-

und Nichtraucherbereichen „in aller Regel nicht sinnvoll“ sei.

[40]

Vor allem auf diese Erwägung haben die Antragssteller ihre Popularklage (Az.: Vf. 12-VII-10 v. 24.9.2010) gegen das strikte bayerische Nichtraucherschutzgesetz, das auch keine Ausnahme von dem Verbot bei sog. Shisha-Cafés oder sonstigen Raucherkneipen zulässt, gestützt.

[41]

S. VerfGH Berlin, GewArch 2008, 410; VerfGH Saarland, LKRZ 2008, 117 ff.

[42]

So schon das Minderheitsvotum von *Bryde* (Rn 172 ff): Das Mehrheitsvotum versage dem Gesetzgeber einen ausbalancierten und differenzierten Nichtraucherschutz und zwinge mit dem absoluten Rauchverbot zu einer unverhältnismäßigen Extremlösung, die die Gefahr paternalistischer Bevormundung berge; zustimmend *Gröschner*, ZG 2008, 400.

[43]

Dazu *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Rn 148 mwN.

[44]

BVerfG, NJW 1987, 577, 578.

[45]

BVerfG, NJW 1987, 577, 578.

[46]

EuGH, Slg 1982, 3415, 3431 = NJW 1983, 1257.

[47]

S. EuGH, Slg 1995, 4165 –„*Gebhard*“; *Bröhmer*, in: Calliess/ Ruffert, Art. 49 AEUV Rn 13.

[48]

EuGH v. 8.5.1990, Rs. C-175/88 – „*Biehl*“, Rn 14, Slg 1990, I-1789.

[49]

Friauf, in: Friauf, GewO, § 1 Rn 152 f. Grundlegend zur faktischen Diskriminierung bei der Niederlassungsfreiheit EuGH v. 28.4.1977, Rs. C-71/76 – „*Thieffry*“, Rn 13 f, Slg 1977, 765.

[50]

EuGH v. 11.7.1974, Rs.C-8/74 – „*Dassonville*“, Rn 5, Slg 1974, 837.

[51]

EuGH v. 24.11.1993, Rs. C-268/91 – „*Keck*“, Slg I-1993, 6097.

[52]

EuGH v. 10.5.1995, Rs. C-384/93 – „*Alpine Investments*“, Slg 1995, I-1141.

[53]

Dazu *Streinz*, Europarecht Rn 840 f.; zurückhaltender *Müller-Graf*, in: Streinz, AEUV Art. 56 Rn 88.

[54]

EuGH, Slg 1995, I-4165, 4197, Rs. C-55/94 – „*Gebhard*“; s. auch *Classen*, EuR 2004, 416.

[55]

Classen, EuR 2004, 416, 418.

[56]

EuGH v. 11.12.2003, Rs. C-322/01 – *„Doc Morris“*, Slg 2003, I-14887 = NJW 2004, 131. Ebenso sogar für ein Verkaufsmonopol von Apotheken für Babynahrung EuGH v. 29.6.1995, Rs. C-391/92 – *„Kommission/Griechenland“*, Rn 11 ff, Slg 1995, I-1621.

[57]

Diese ungeschriebene Schranke ist erstmals in EuGH v. 20.2.1979, Rs. C-120/78 – *„Cassis de Dijon“*, Rn 8, Slg 1979, 649, 662 eingeführt worden. Sie findet ihre aktuelle, leicht veränderte Fassung in EuGH v. 26.6.1995, Rs. C-368/95 – *„Vereinigte Familiapress/ Bauer Verlag“*, Rn 8, Slg 1997, I-3689, 3713. Die Anwendung dieser allgemeinen Grundfreiheitendogmatik auf die Niederlassungsfreiheit behandelt EuGH v. 31.3.1993, Rs. C-19/92 – *„Kraus“*, Rn 32, Slg 1993, 1663. Ausführlich zur Cassis-Rechtsprechung und den Reaktionen des Schrifttums *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, AEUV Art. 34 – 36 Rn 80 ff.

[58]

LT-Drs. 15/1105, S. 7 und 11 f.

[59]

S. vor allem EuGH, NVwZ 2010, 1409 – *„Markus Stoß“*; EuGH, NVwZ 2010, 1422 – *„Carmen Media Group“*; zusammenfassend der Schlussantrag des GA v. 27.10.2011 – C-72/10 – *„Costa und Cifone“*. Vgl auch *Ruthig*, in: Ruthig/Storr,

Rn 69 f; *Streinz*, Europarecht, Rn 847.

[60]

S. schon EuGH v. 6.11.2003 – Rs. C-243/01- *„Gambelli“*, NJW 2004, 139, 140, Rn 65 und 67.

[61]

EuGH, Slg 1982, 3415, 3430. S. dazu auch *Roth*, NVwZ 2010, 345, 347.

[62]

BVerfG, NJW 1988, 1456: „Durch eine Maßnahme, Unterlassung oder Entscheidung eines Gerichts wird der gesetzliche Richter mithin nur dann entzogen und damit Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletzt, wenn diese Maßnahme, Unterlassung oder Entscheidung auf Willkür beruht (BVerfGE 19, 38, 43; 29, 198, 207; 31, 145, 169. Dies gilt auch, wenn ein Gericht die Verpflichtung zur Vorlage an ein anderes Gericht, das über eine bestimmte Rechtsfrage zu entscheiden hat, außer Acht lässt“ (st Rspr seit BVerfGE 29, 198, 207.

[63]

So aber EGMR v. 13.2.2007 – 15073/03, EuGRZ 2008, 274 (276) – John/Deutschland zum Maßstab bei Art. 6 Abs. 1 EMRK: keine Willkür der Nichtvorlage, wenn der Betroffene keinen hinreichend substantiierten Antrag stellt, dh die Vorlage weder ausdrücklich beantragt noch eine ausdrückliche und präzise Begründung für die behauptete Notwendigkeit einer Vorabentscheidung gibt; vgl auch *Roth*, NVwZ 2010, 345.

[64]

BVerfG, Beschluss v. 15.12.2016, Az. 2 BvR 222/11, Rn 28; vgl BVerfGE 126, 286, 315 f; 128, 157, 187; 129, 78, 106; 135, 155 = NVwZ 2014, 646, 657 Rn 180.

[65]

BVerfG, NJW 1988, 1456, 1457.

[66]

Dazu BVerfGE 135, 155; s, auch BVerfG, Beschluss v. 20.02.2017, Az. 2 BvR 63/15 (juris); BVerfG, Beschluss v. 15.12.2016, Az. 2 BvR 222/11.

[67]

Vgl BVerfGE 82, 159, 195 f; 126, 286, 316 f; 128, 157, 187 f; 129, 78, 106 f; 135, 155, 232.

[68]

BVerfGE 135, 155 = NVwZ 2014, 646, 657 Rn 182.

[69]

BVerfG, Beschluss v. 15.12.2016, Az. 2 BvR 222/11, Rn 32; BVerfGE 135, 155 = NVwZ 2014, 646, 657 Rn 183.

[70]

BVerfG, Beschluss v. 15.12.2016, Az. 2 BvR 222/11, Rn 32; BVerfGE 135, 155 = NVwZ 2014, 646, 657 Rn 183; vgl BVerfGE 82, 159, 195 f; 126, 286, 316 f; 128, 157, 187 f; 129, 78, 106 f.

[71]

BVerfGE 135, 155 = NVwZ 2014, 646, 657 Rn 184; vgl BVerfGE 129, 78, 107.

[72]

BVerfGE 135, 155 = NVwZ 2014, 646, 657 Rn 184.

[73]

BVerfGE 135, 155 = NVwZ 2014, 646, 657 Rn 185. vgl zu dieser Konstellation BVerfGE 82, 159, 196; 126, 286, 317.

[74]

BVerfG, Beschluss v. 15.12.2016, Az. 2 BvR 222/11, Rn 38 ff. Vgl demgegenüber früher BVerfG, NVwZ 2001, 1148, 1149: Unvertretbar sei eine Lösung nur, „wenn mögliche Gegenauffassungen zu der entscheidungserheblichen Frage des Gemeinschaftsrechts gegenüber der vom Gericht vertretenen Meinung eindeutig vorzuziehen sind". Zwischenzeitlich gab es eine uneinheitliche Rechtsprechung der beiden Senate; vgl dazu auch *Finck/Wagner*, NVwZ 2014, 1286. Die neuere Linie dürfte weitgehend zu den gleichen Maßstäben gelangen wie auch der EuGH, wobei zu beachten ist, dass auch die genauen Maßstäbe der acte-clair-Doktrin und vor allem die Differenzierung zwischen verschiedenen Konstellationen auch durch die Rechtsprechung des EuGH noch der Aufarbeitung bedürfen, dazu *Piekenbrock*, EuR 2011, 317, 336 ff.

[75]

Dazu zuletzt EuGH v. 19-10-2016, Rs. C-148/15 – *„DocMorris"*, EuZW 2016, 958; zur umstrittenen Relevanz der Keck-Rechtsprechung die unterschiedlichen Positionen von *Reich*, Oxford LJ 1999, 337; *Epiney*, NVwZ 2010, 1065; *Brigola*, EuZW 2012, 248; *Dietz/Streinz*, EuR 2015, 50. Zum „Drei-Stufentest" des EuGH *Leible/Streinz*, in: Grabitz/

Hilf/Nettesheim, AEUV Art. 34 Rn 85 ff. Allein dieses Meinungsspektrum belegt, dass diese Frage gerade nicht als geklärt angesehen werden kann. Im Vergleich dazu sah das BVerfG die Spielräume im Zusammenhang mit der vom BVerwG sehr weit verstandenen Cassis-Formel nicht als überschritten an, vgl BVerfG, NVwZ 2017, 615; zu diesen Fragen *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Rn 62 ff.

Fall 3 Buy Pälzisch! – Probleme mit der IHK

Inhaltsverzeichnis

Vorüberlegungen
Gliederung
Lösung

61

L ist eine nach englischem Recht als private Kapitalgesellschaft gegründete Private Limited Company mit Hauptsitz in England und als solche seit 2013 ordnungsgemäß nach englischem Recht in das Register of Companies eingetragen. L hat 2016 eine Produktionsanlage für englisches Weingummi in Kaiserslautern errichtet und betreibt von dort aus einen Internet-Versandhandel nach ganz Kontinentaleuropa. Diese wurde als Zweigniederlassung ordnungsgemäß in das deutsche Handelsregister eingetragen und vom Finanzamt zur Gewerbesteuer veranlagt. Da den Kunden angesichts der Finanzmarktkrise der Appetit auf Weingummi vergangen ist, beträgt der Jahresumsatz 2016 allerdings nur 682,52 €.

Aufgabe 1:

Mit Schreiben vom 17.2.2017 begrüßt die örtlich zuständige IHK Pfalz in Ludwigshafen die L als neues Mitglied. L ist überrascht und erkundigt sich telefonisch nach den

Konsequenzen. Ihr wird mitgeteilt, dass sie nicht nur nach § 2 IHKG automatisch Mitglied der IHK geworden sei, sondern auch gem. § 3 IHKG zu Kammerbeiträgen herangezogen werden müsse. Ein entsprechender Beitragsbescheid auf der Grundlage der Beitragsordnung sowie der von der Vollversammlung jährlich beschlossenen Wirtschaftssatzung vom 18.11.2014 werde nach endgültiger rechtlicher Prüfung noch folgen. Eine Beitragsbefreiung nach § 3 Abs. 2 IHKG komme trotz der geringen Einnahmen jedenfalls nicht in Betracht, da L ins Handelsregister eingetragen sei. Allerdings werde angesichts des geringen Umsatzes wohl nur der in der Beitragsordnung vorgesehene Mindestbeitrag von 50 € pro Jahr fällig. L sieht aber schon in der Pflichtmitgliedschaft einen unzulässigen Eingriff in ihre grundgesetzlich verbürgte Berufs- und Vereinigungsfreiheit sowie einen Verstoß gegen die Grundfreiheiten des AEUV. Erst recht diskriminiere sie die Heranziehung zu Kammerbeiträgen, vor allem der Umstand, dass eine Befreiung, anders als bei nicht im Handels- oder Genossenschaftsregister eingetragenen IHK-Zugehörigen, deren Gewerbeertrag oder Gewinn aus Gewerbebetrieb 5.200 € nicht übersteige, nicht in Betracht käme. Auch die Privilegierung als Existenzgründer werde ihr aus denselben Gründen versagt.

Wie ist die Rechtslage? Europäisches Sekundärrecht ist nicht zu prüfen.

Aufgabe 2:

Größer wird die Überraschung als L in den pfälzischen

Tageszeitungen, auf Plakaten und in bundesweit ausgestrahlten Fernsehspots eine groß angelegte Kampagne der IHK Pfalz bemerkt, in der unter dem Motto „Buy Pälzisch!“ dazu aufgerufen wird, zur Stärkung der heimischen Wirtschaft nur noch regionale Produkte mit spezifischem Bezug zur Pfalz zu kaufen. L befürchtet, dass der Umsatz ihrer zwar in der Region produzierten, aber eben nicht typisch regionalen Weingummis dadurch weiter zurückgeht. Erst recht hat sie keine Lust, diese Kampagne auch noch mit den Kammerbeiträgen zu finanzieren. Dies verstoße nicht nur gegen die Grundfreiheiten, sondern auch gegen nationales Verfassungsrecht.

L begehrt daher beim Präsidenten der IHK Akteneinsicht, um sich ein genaues Bild von der Finanzierung der Kampagne machen zu können und fordert außerdem ein unverzügliches Einstellen der Werbemaßnahmen. Der Präsident der IHK lehnt beide Ansprüche ab. Mit der Kampagne wolle man die regionale Wirtschaft fördern, was ohne weiteres zu den Aufgaben einer Handelskammer gehöre. Ein Akteneinsichtsrecht bestehe schon deswegen nicht, weil es sich weder aus dem IHKG noch der Kammersatzung ergebe; die Kontrolle des Präsidiums obliege vielmehr der Vollversammlung insgesamt, die aber die Kampagne mit großer Mehrheit gebilligt habe. Weder IHKG noch Kammersatzung sähen ein ausdrückliches Akteneinsichtsrecht vor. Selbstverständlich habe man trotzdem die Vollversammlung ausreichend informiert. L sei zwar seit kurzem gewähltes Mitglied der Vollversammlung, könne

aber gerade keine Rechte des Gesamtorgans geltend machen. Auch das Demokratieprinzip verlange kein ausdrückliches Einsichtsrecht des einzelnen Mitglieds.

Daraufhin erhebt L vor dem örtlich zuständigen VG Klage auf Einstellung der Werbekampagne und Akteneinsicht.

Wie wird das VG entscheiden?

Bearbeitungsvermerk:

Gehen Sie bei der Bearbeitung davon aus, dass das einschlägige IFG im vorliegenden Fall keinen Auskunftsanspruch gewährt.

Fall 3 Buy Pälzisch! – Probleme mit der IHK › Vorüberlegungen

Vorüberlegungen

62

Der Fall beleuchtet einen Dauerbrenner der verfassungsrechtlichen Diskussion näher, die „Selbstverwaltung der Wirtschaft“ durch die Kammern als öffentlich-rechtlich organisierte, berufsständische Einrichtungen[1]. Das Kammerrecht wird zum wirtschaftsrechtlichen Anwendungsbeispiel vieler aus dem Pflichtfachbereich vertrauter Grundprobleme. Gerade weil der Fall in hohem Maße Transferleistungen verlangt, ist er insgesamt als schwierig einzustufen.

Charakteristikum des Kammerrechts ist die gesetzlich angeordnete Pflichtmitgliedschaft[2]. Zu messen ist diese nicht nur an den Grundrechten (im Ergebnis nach hM Art. 2 Abs. 1 GG), sondern für Angehörige aus anderen Mitgliedstaaten auch an den Grundfreiheiten[3]. Damit befasst sich der Teil 1, bei dem deswegen erneut die Grundrechtsberechtigung mit Auslandsbezug relevant wird (insb zu Art. 19 Abs. 3 GG schon Fall 2; dort auch zur Einkleidung als Verfassungsbeschwerde und deren Verzahnung mit der Prüfung von Unionsrecht). Während die Zwangsmitgliedschaft nach bisheriger Rechtsprechung mit Art. 2 Abs. 1 GG vereinbar ist, stellt sich die Lage nicht nur hinsichtlich der Grundfreiheiten komplexer dar, als die Rechtsprechung suggeriert. In seiner jüngst ergangenen

Entscheidung hat das BVerwG die Pflichtmitgliedschaft in der IHK bestätigt[4].

Gerade weil die Zwangsmitgliedschaft als solche nicht in Frage gestellt wird, verlagern sich die Streitigkeiten vom Grundsätzlichen auf die Einzelfragen im Zusammenhang mit der Tätigkeit der IHK: Mitglieder wenden sich gegen die Kammerbeiträge, Dritte gegen die (wirtschaftliche) Betätigung[5], vor allem aber suchen auch enttäuschte Mitglieder um Rechtsschutz nach. Mit letztgenannter Konstellation befasst sich der zweite Teil. Außer den eher lückenhaften Maßstäben des IHKG wird auch hier das Verfassungs-, aber zunehmend auch das Unionsrecht relevant. Die IHK ist als Körperschaft des öffentlichen Rechts Teil der mittelbaren Staatsverwaltung und als solche an Grundfreiheiten und Grundrechte gebunden, wie das Beispiel einer von der IHK organisierten Werbekampagne illustriert[6]. Während Dritte bei Empfehlungen oder Werbekampagnen einen Folgenbeseitigungs- und Unterlassungsanspruch nur dann haben, wenn sie in ihren Rechten beeinträchtigt werden[7], steht Kammermitgliedern nach der Rechtsprechung ein mitgliedschaftlicher Unterlassungsanspruch bei jeder Aufgabenüberschreitung zu, ohne dass sie eine Rechtsverletzung durch die konkrete Maßnahme geltend machen müssten[8]. Denkt man diesen Ansatz konsequent zu Ende, kann mit diesem Anspruch auch die Verletzung anderer Grundrechte und vor allem auch der Grundfreiheiten

geltend gemacht werden, die ja ebenfalls (insbesondere in Verbindung mit dem Gesetzesvorbehalt) für die Kammer kompetenzbegrenzende Wirkung entfalten. Das Verhältnis dieses „kammerrechtlichen“ Unterlassungsanspruches zum allgemeinen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch ist nicht abschließend geklärt (s. Rn 81).

Außerdem bestehen im Innenverhältnis organschaftliche Mitgliedschaftsrechte, die mit dem der Kommunalverfassungsstreitigkeit vergleichbaren Organstreitverfahren geltend gemacht werden können. Die Reichweite solcher Ansprüche ist allerdings umstritten und ihre Existenz wurde vom BVerwG abgelehnt[9]. Richtigerweise sind derartige Ansprüche auf Partizipation allerdings notwendiges Korrelat zur Pflichtmitgliedschaft[10].

Anmerkungen

[1]

Ruthig, in: Ruthig/Storr, Rn 205 f. Ausf *Kluth*, Handbuch des Kammerrechts, 2. Aufl 2011.

[2]

Anders geregelt ist demgegenüber die Pflichtmitgliedschaft in Sicherungseinrichtungen, die ausländischen Unternehmen gerade verschlossen ist, ohne dass die Rspr darin eine Diskriminierung erblickt, vgl BVerwG, NJW-RR 2011, 1250 zu Sicherungsfond für Lebensversicherungen (§ 124 Abs. 1 VAG).

[3]

Als aktuelle Fälle insbesondere BVerwG, NVwZ 2017, 70; VGH BW DÖV 2017, 258; vgl außerdem OVG Koblenz, GewArch 2011, 326 (IHK); OVG Bautzen, DStR 2011, 2020 (Steuerberaterkammer); s. auch *Kirchberg*, NJW 2009, 1313. Zur Verfassungsmäßigkeit der Zwangsmitgliedschaft BVerfG, NVwZ 2002, 335; BVerwG, NVwZ-RR 2010, 882; s. auch *Kluth*, NVwZ 2002, 298; *Löwer*, GewArch 2000, 89.

[4]

BVerfG v. 12.7.2017 – 1 BvR 2222/12 u. 1106/13.

[5]

Die Rechtsprobleme entsprechen denjenigen des öffentlichen Wettbewerbsrechts, s. den Überblick bei *Schöbener*, in: Kluth, Handbuch des Kammerrechts, 2. Aufl, § 14 Rn 115 ff.

[6]

Der Fall ist insoweit angelehnt an EuGH v. 17.6.1981, Rs. C-113–80 – *„Buy Irish“*, Rn 21, Slg 1981, 1625. Zu allgemeinpolitischen Stellungnahmen BVerwGE 137, 171 = NVwZ-RR 2010, 882; zur Verkehrspolitik („Stuttgart 21“) VG Stuttgart, NVwZ 2011, 895.

[7]

Ausf *Schöbener*, in: Kluth, Handbuch des Kammerrechts, 2. Aufl, § 14 Rn 218 ff. Zum Anspruch auf Austritt aus dem privatrechtlichen Dachverband, sofern dieser seine Kompetenzen überschritten hat vgl BVerwG NVwZ 2017, 70.

[8]

Auch dazu *Schöbener*, in: Kluth, Handbuch des Kammerrechts, 2. Aufl, § 14 Rn 95 ff.

[9]

BVerwGE 120, 255, das ein Akteneinsichtsrecht des einzelnen Kammermitglieds abgelehnt hat; weiter zuvor OVG Münster, NVwZ 2003, 1526. S. auch *Schöbener*, GewArch 2008, 329; *ders.*, in: Kluth, Handbuch des Kammerrechts, 2. Aufl, § 14 Rn 113 f.

[10]

BVerfG v. 12.7.2017 – 1 BvR 2222/12 u. 1106/13 prüft das Demokratieprinzip allerdings ausschließlich im Kontext der Rechtfertigung der Beitragspflicht. Minderheitenrechte werden darauf beschränkt, dass Minderheitenrechte „nicht willkürlich vernachlässigt werden“ und eine „institutionelle Majorisierung“

ausgeschlossen sein muss (aaO Rn 128). Die Fachgerichte werden zu überlegen haben, welche konkreten Folgerungen daraus zu ziehen sind.

Fall 3 Buy Pälzisch! – Probleme mit der IHK › Gliederung

Gliederung

63

Aufgabe 1:			**Vereinbarkeit der Pflichtmitgliedschaft mit Grundrechten und Grundfreiheiten**	
A.	**Die Zwangsmitgliedschaft**			
	I.	Die einfachrechtlichen Voraussetzungen		
	II.	Vereinbarkeit mit den Grundrechten		
		1.	Sachlicher Schutzbereich: Das einschlägige Grundrecht	
			a)	Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreihe
			b)	Art. 9 Abs. 1 GG (Vereinigung
			c)	Art. 2 Abs. 1 GG (Allgemeine

				Handlungsfre
		2.	Persönlicher Schutzbereich: Grundrechtsberechtigung	
		3.	Rechtfertigung	
			a)	Formelle Verfassungsm des § 2 IHKG
			b)	Materielle Verfassungsm des § 2 IHKG
	III.	Die Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten		
		1.	Einschlägige Grundfreiheit	
		2.	Eingriff: Maßnahme gleicher Wirkung	
		3.	Rechtfertigung: zwingende Gründe des Allgemeininteresses	
B.	**Der Kammerbeitrag**			

Aufgabe 2:			**Der Streit um Werbekampagne und Akteneinsicht**
A.	**Die Klage auf Unterlassung der Werbekampagne**		
	I.	Die Zulässigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Klage	
		1.	Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs
		2.	Statthafte Klageart
		3.	Klagebefugnis
		4.	Klagegegner, Beteiligten- und Prozessfähigkeit
		5.	Zuständigkeit des Gerichts
		6.	Zwischenergebnis
	II.	Die Begründetheit	
		1.	Der Unterlassungsanspruch
		2.	Kompetenzüberschreitung aufgrund einer Missachtung der

			einfachgesetzlichen Vorgaben	
		3.	Kompetenzüberschreitung wegen Grundfreiheitenverstoßes	
			a)	Grundfreihei als Maßstab von Maßnahmen der mittelbaren Selbstverwalt
			b)	Einschlägige Grundfreihei der Schwerpunkt der Maßnahme
			c)	Eingriff und Rechtfertigu
		4.	Verstoß gegen die Berufsfreiheit	

			a)	Schutzbereic Eingriff
			b)	Rechtfertigu
		5.	Fazit	
B.	**Der Anspruch auf Auskunft bzw Akteneinsicht**			
	I.	Die Zulässigkeit der Klage (Organstreitverfahren)		
		1.	Verwaltungsrechtsweg	
		2.	Statthafte Klageart	
		3.	Klagebefugnis	
		4.	Klagegegner, Beteiligten- und Prozessfähigkeit	
	II.	Die Begründetheit der Klage		
		1.	Keine ausdrückliche Regelung	
		2.	Ableitung aus der Organstellung	

Lösung
Aufgabe 1: Vereinbarkeit der Pflichtmitgliedschaft mit Grundrechten und Grundfreiheiten
A. Die Zwangsmitgliedschaft
I. Die einfachrechtlichen Voraussetzungen

64

Die Pflichtmitgliedschaft ergibt sich aus § 2 IHKG. Insoweit knüpft das IHK-Gesetz bei ausländischen juristischen Personen an die Gewerbesteuerveranlagung[1] sowie an die, unionsrechtlich unproblematische, gesellschaftsrechtlich begründete[2], Pflicht zur Eintragung von Zweigniederlassungen bei ausländischem Sitz an. Der Umfang der Geschäftstätigkeit ist demgegenüber irrelevant[3]. Diese Voraussetzungen liegen bei L vor: Sie wurde zur Gewerbesteuer veranlagt und ist in das deutsche Handelsregister eingetragen.

II. Vereinbarkeit der Zwangsmitgliedschaft mit den Grundrechten

1. Sachlicher Schutzbereich: Das einschlägige Grundrecht

Die Zwangsmitgliedschaft könnte gegen Grundrechte verstoßen. L rügt eine Verletzung der Berufsfreiheit, es kommen aber auch Art. 9 Abs. 1 GG sowie die allgemeine Handlungsfreiheit als Auffanggrundrecht in Betracht.

a) Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsfreiheit)

65

Die Zwangsmitgliedschaft könnte einen Eingriff in die Berufsfreiheit darstellen. Selbstverständlich unterfällt die Ausübung eines Gewerbes durch L in sachlicher Hinsicht[4] diesem Grundrecht, so dass man auch eine an die berufliche Betätigung anknüpfende Zwangsmitgliedschaft und die daraus resultierende Verpflichtung zur Beitragszahlung an Art. 12 Abs. 1 GG messen könnte. Da die Mitgliedschaft in einer Kammer lediglich die Berufsausübung betrifft, wäre die Maßnahme als Berufsausübungsregelung einzuordnen[5]. Nach hM schützt Art. 12 Abs. 1 GG allerdings nicht gegen bloß mittelbare Beeinträchtigung des Berufs. Erforderlich sei vielmehr, dass der Maßnahme subjektiv oder zumindest objektiv eine berufsregelnde Tendenz zukomme[6]. Sofern die Verbindung zum Beruf „nicht unmittelbar, sondern vielmehr nur locker und mittelbar“[7] ist, soll Art. 12 Abs. 1 GG nach dieser Auffassung nicht einschlägig sein. Da die Zwangsmitgliedschaft weder die Art und Weise der Berufsausübung regelt noch eine berufspolitische Zielrichtung verfolge[8], fehle es an dieser besonderen Verknüpfung, sodass Art. 12 Abs. 1 GG nach der Rechtsprechung als Maßstab ausscheidet. Für das Merkmal der „objektiv berufsregelnden Tendenz“ spricht vor allem angesichts der Erweiterung des Eingriffsbegriffes der Umstand, dass

ansonsten der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG konturenlos zu werden droht[9]. Folgt man dieser Rechtsprechung, ist Art. 12 GG also nicht einschlägig.

Hinweis:

Die Schutzbereichsbegrenzung bei Art. 12 GG durch das Tatbestandsmerkmal der objektiv-berufsregelnden Tendenz ist lediglich eine Frage der Grundrechtskonkurrenz[10], entscheidet also gerade nicht über die Frage des Eingriffs. Im vorliegenden Fall zeigt sich außerdem, dass es auch in seiner Reichweite problematisch ist, ließe sich doch die berufsregelnde Tendenz sehr wohl bejahen. Immerhin dienen die Bestimmungen über die Selbstverwaltung von Berufsgruppen gerade der Regelung des beruflichen Bereichs, die für das einzelne Mitglied gar mit (Partizipations)Vorteilen an der normativen Ausgestaltung der Rahmenbedingungen für die Berufsbetätigung gegenüber der üblichen „Fremdverwaltung“ verbunden sein soll (vgl dazu sogleich). Daher lässt sich ein spezifischer Bezug zu Art. 12 Abs. 1 GG mit entsprechender Begründung sehr wohl bejahen.

b) Art. 9 Abs. 1 GG (Vereinigungsfreiheit)

66

Daneben macht L aber auch eine Verletzung ihrer Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG geltend. Dieser schützt nicht nur die positive, sondern auch die negative Vereinigungsfreiheit, also die Freiheit, einer Vereinigung fern zu bleiben bzw aus ihr auszutreten[11]. Da L gemäß § 2 IHKG automatisch Mitglied der IHK geworden ist und sich dieser Mitgliedschaft auch nicht durch einen Austritt entziehen kann, könnte dieses Grundrecht tatsächlich betroffen sein. Fraglich ist allerdings, ob der Schutzbereich des Art. 9 Abs. 1 GG öffentlich-rechtliche Vereinigungen überhaupt einschließt. Einerseits geht es auch in dieser Situation um die Abwehrdimension der Grundrechte und es macht aus der Sicht der Betroffenen keinen Unterschied, ob es sich um eine Pflichtmitgliedschaft in privat- oder in öffentlich-rechtlichen Organisationen handelt[12]. Andererseits schützt die positive Vereinigungsfreiheit nur privatrechtliche Zusammenschlüsse, nicht aber die Gründung einer staatlichen Vereinigung. Geht man (mit der hM) davon aus, dass die negative Vereinigungsfreiheit nicht weiter reichen kann als die positive[13], ist Art. 9 Abs. 1 GG nicht einschlägig[14].

c) Art. 2 Abs. 1 GG (Allgemeine Handlungsfreiheit)

67

Damit kommt allenfalls ein Eingriff in das Auffanggrundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit in Betracht. Bereits die Mitgliedschaft in einer Kammer als solche ist nicht nur rechtlich vorteilhaft und stellt einen Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG dar; entsprechendes gilt auch für die Beitragspflicht[15].

2. Persönlicher Schutzbereich: Grundrechtsberechtigung

68

Voraussetzung ist allerdings, dass L sich auch auf dieses Grundrecht berufen kann. Da es sich um eine Kapitalgesellschaft handelt, ist Maßstab insoweit Art. 19 Abs. 3 GG, der insbesondere verlangt, dass die juristische Person „inländisch" zu sein hat. Für die Frage der Grundrechtsfähigkeit kommt es in Übereinstimmung mit der für das internationale Gesellschaftsrecht maßgeblichen Sitztheorie[16] darauf an, ob sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in Deutschland hat. Dies ist vorliegend nicht der Fall, es handelt sich um eine ausländische juristische Person. Die Tatsache, dass sie über eine Zweigniederlassung in Deutschland verfügt, spielt also für Art. 19 Abs. 3 GG keine Rolle; allerdings ist nach der Rspr des BVerfG der Anwendungsbereich der Grundrechte auf juristische Personen aus dem EU-Ausland zu erstrecken (s. dazu bereits ausführlicher Fall 2)[17]. Im Ergebnis kann sich daher L auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen.

Hinweis:

Folgt man dem BVerfG kommt es auf die Frage, inwieweit sich L als juristische Person des EU-Auslands auch auf das „Deutschengrundrecht" des Art. 12 GG berufen kann (dazu **Fälle 2, 4**, zudem näher unten Rn 86) nicht an.

3. Rechtfertigung

Der Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG kann allerdings gerechtfertigt sein, wenn er aufgrund eines formell und materiell mit der Verfassung im Einklang stehenden Gesetzes erfolgt[18].

a) Formelle Verfassungsmäßigkeit des § 2 IHKG

69

Die Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers zum Erlass des IHKG ergibt sich aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG iVm Art. 72 Abs. 2 GG. Fehler im Gesetzgebungsverfahren sind nicht ersichtlich.

b) Materielle Verfassungsmäßigkeit des § 2 IHKG

70

Damit das Gesetz materiell als verfassungsgemäß eingestuft werden kann, muss es insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Schranken-Schranke entsprechen. Hierzu ist erforderlich, dass die Kammer legitime öffentliche Aufgaben wahrnimmt und ihre Errichtung – gemessen an diesen Aufgaben – dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht[19]. Öffentliche Aufgaben sind dabei solche, „an deren Erfüllung ein gesteigertes Interesse der Gemeinschaft besteht, die aber weder allein im Wege privater Initiative wirksam wahrgenommen werden können noch zu den im engeren Sinn staatlichen Aufgaben zählen, die der Staat selbst durch seine Behörden wahrnehmen muss“[20]. Die Aufgaben der IHK ergeben sich aus § 1 IHKG. Bei der IHK handelt es sich angesichts der in § 1 IHKG spezifierten Aufgaben weniger um „berufsständische Selbstverwaltung“ als um generelle Wirtschaftsförderung und Interessenvertretung[21]. Da es für die erforderliche Geeignetheit der Maßnahme aufgrund der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers genügt, wenn durch die Zwangsmitgliedschaft das angestrebte Ziel einer möglichst effektiven Aufgabenwahrnehmung zumindest gefördert werden kann, begegnet auch die Eignung keinen Bedenken. Die

Übertragung der Aufgaben auf eine aus der Wirtschaft heraus gebildete und damit besonders „sachnahe“ Einrichtung stellt sich sogar in besonderer Weise als geeignet dar. Da sich andererseits dieses Ziel nur dann erreichen lässt, wenn die betroffenen Kreise möglichst umfassend repräsentiert werden, erscheint eine Pflichtmitgliedschaft auch als erforderlich. Die Maßnahme müsste schließlich auch angemessen sein (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn), dh die Intensität des Eingriffs darf nicht außer Verhältnis zur Wertigkeit des angestrebten Ziels stehen. Die Pflichtmitgliedschaft und die damit verbundene Beitragspflicht sind aufgrund der Koppelung an Art, Umfang und Leistungsfähigkeit des Gewerbebetriebs als relativ geringer Eingriff für die betroffenen Mitglieder zu werten. Vor allem ist auch zu berücksichtigen, dass die Pflichtmitgliedschaft nicht nur negative Folgen für den Betroffenen nach sich zieht, sondern auch die Möglichkeit zur Partizipation an staatlichen Entscheidungsprozessen eröffnet. Gerade dies ist aber bei der IHK anders, die angesichts ihrer heterogenen Mitgliederstruktur viel weniger gemeinsame Interessen vertritt als andere Kammern: Allerdings sieht § 1 Abs. 1 IHKG die besondere Aufgabe gerade im Ausgleich der Einzelinteressen. Aufgabe der IHK ist also nicht die Artikulation einer „einzigen Gesamtauffassung einer homogenen Gruppe“[22]. Außerdem besteht ihre Aufgabe in einer Beratung ihrer Mitglieder. Angesichts des weiten gesetzgeberischen Spielraums bei der Schaffung von Selbstverwaltungseinrichtungen

bestehen daher keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Aufgabenzuweisung. Aus diesem Blickwinkel fördert insbesondere eine Pflichtmitgliedschaft in besonderer Weise das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel, indem sie die „Voraussetzungen für eine partizipative Ermittlung des Gesamtinteresses nach § 1 Abs. 1 IHKG“ sichert[23]. Allerdings muss der Gesetzgeber auch die Voraussetzungen dafür schaffen, dass die IHK diesen Anforderungen an den Binnenpluralismus gerecht wird; insoweit bedarf es bei der IHKG daher im Ergebnis einer Ergänzung der rudimentären gesetzlichen Regelungen[24]. Allerdings stellen diese Lücken, die sich möglicherweise auch durch Auslegung schließen lassen, die Pflichtmitgliedschaft nicht als solches in Frage.

III. Die Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten
1. Einschlägige Grundfreiheit

71

Pflichtmitgliedschaften in öffentlich-rechtlichen Körperschaften müssen sich wegen den damit verbundenen Auswirkungen auf den gemeinsamen Binnenmarkt auch am Unionsrecht messen lassen. Der Bearbeitervermerk beschränkt die Prüfung auf die Grundfreiheiten. Hierbei kommen insbesondere die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit als Maßstab in Betracht. In sachlicher Hinsicht erfasst Art. 49 AEUV die selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Dauer, einschließlich der Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften. Die Dienstleistungsfreiheit dagegen schützt typischerweise auf eine kürzere Dauer angelegte Tätigkeiten. Da L sich mit der Errichtung der Zweigniederlassung in Deutschland dauerhaft wirtschaftlich in einen fremden Mitgliedsstaat integriert, ist der sachliche Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnet.

Hinweis:

Die Grundfreiheiten werden zunehmend durch spezielleres

Sekundärrecht verdrängt (dazu näher die **Fälle 5, 8**). Auf dieses ist in der Klausur selbstverständlich nur dann einzugehen, wenn der Sachverhalt entsprechende Hinweise enthält bzw die einschlägigen Bestimmungen abgedruckt werden. Vorliegend könnten die Dienstleistungs- und die Berufsanerkennungsrichtlinie in Betracht kommen. Erstere befasst sich für die Niederlassung im Aufnahmestaat jedoch nur mit Genehmigungserfordernissen (Art. 9 ff DLR), letztere gilt nur für die sog. „reglementierten Berufe“. Diese sind in Art. 3 Abs. 1 lit. a BerufsanerkennungsRL legaldefiniert. Ein reglementierter Beruf liegt also nur dann vor, wenn die Aufnahme oder Ausübung einer beruflichen Betätigung direkt oder indirekt durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften an den Besitz einer bestimmten Berufsqualifikation gebunden ist. Dies ist offensichtlich nicht der Fall. Die Frage einer Zwangsmitgliedschaft in der IHK ist daher sekundärrechtlich nicht geregelt[25] und – wie im Bearbeitervermerk vorgesehen – allein an den Grundfreiheiten zu messen.

Auch der persönliche Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit müsste eröffnet sein. Nach dem Wortlaut des Art. 49 AEUV erfasst sie nur natürliche Personen. Durch Art. 54 Abs. 1 AEUV werden diesen allerdings Gesellschaften gleichgestellt, sofern sie nach den Rechtsvorschriften eines der Mitgliedsstaaten gegründet worden sind und ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Union haben. Dies ist

bei L als einer nach englischem Recht gegründeten privaten Kapitalgesellschaft mit Sitz in England der Fall. Der persönliche Anwendungsbereich ist eröffnet.

2. Eingriff: Maßnahme gleicher Wirkung

72

§ 2 IHKG könnte in die Niederlassungsfreiheit eingreifen. Eine Diskriminierung liegt nicht vor, da die Pflichtmitgliedschaft allein an die Steuerpflicht und eine inländische Betriebsstätte anknüpft. Auch ihre Modalitäten differenzieren nicht zwischen In- und Ausländern. Allerdings könnte eine Maßnahme gleicher Wirkung vorliegen. Nach der, auch auf die Niederlassungsfreiheit übertragbaren *Dassonville*-Formel des EuGH fallen darunter alle Maßnahmen der Mitgliedsstaaten, „die geeignet sind, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potenziell zu behindern“[26].

Ob auf der Grundlage dieser Formel die Pflichtmitgliedschaft in einer Kammer eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit darstellt, ist allerdings umstritten. In der deutschen Literatur wird dies teilweise verneint. Die Mitgliedschaft begründe neben der Beitragspflicht keine besonderen Pflichten, die sich auf die Berufstätigkeit auswirken würden. Die Beitragspflicht als solche sei dagegen zu unspezifisch, um als Beschränkung der beruflichen Betätigung qualifiziert zu werden[27]. Hinzu komme, dass die Mitgliedschaft nicht Voraussetzung einer Niederlassung ist, sondern dieser nachfolgt, das Beschränkungsverbot im Rahmen der

Niederlassungsfreiheit in Übertragung des Grundgedankens der zur Warenverkehrsfreiheit entwickelten „Keck-Rechtsprechung“ aber auf die Sicherstellung des Marktzutritts zu reduzieren sei. Maßnahmen, die die Ausübung der spezifischen Tätigkeit nach erfolgter Niederlassung betreffen, seien dagegen lediglich am Diskriminierungsverbot zu messen[28]. Schließlich belaste die Pflichtmitgliedschaft als solche die Betroffenen nicht, sondern begünstige sie vielmehr durch Zuweisung von Partizipationsrechten in der Selbstverwaltungskörperschaft. Daher liege keine Maßnahme gleicher Wirkung vor.

Diese Auffassung begegnet aber erheblichen Bedenken[29]. Zum einen können nach der weiten Dassonville-Formel neben solchen Hürden, die vor einer Niederlassung zu überwinden sind, auch zwingende belastende Rechtsfolgen die Niederlassung unattraktiv machen und damit dem Beschränkungsbegriff unterfallen. Zum anderen steht der Umstand, dass mit der Mitgliedschaft auch eine Begünstigung (in Form der Partizipationsrechte) verbunden ist, dem Charakter als Beschränkung nicht entgegen[30]. Im Ergebnis ist daher die Begründung der Pflichtmitgliedschaft als Maßnahme gleicher Wirkung anzusehen.

3. Rechtfertigung: zwingende Gründe des Allgemeininteresses

73

Dieser Eingriff könnte aber gerechtfertigt sein, Nachdem die Rechtfertigungsgründe des Art. 52 AEUV nicht einschlägig sind, müsste er dazu einen mit dem AEUV zu vereinbarenden Zweck verfolgen, auf zwingenden Gründen des Allgemeininteresses beruhen und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen. Dazu müsste die Pflichtmitgliedschaft geeignet sein, die Verwirklichung des verfolgten Zwecks zu gewährleisten und nicht über das dafür erforderliche Maß hinauszugehen[31]. Die Pflichtmitgliedschaft soll eine unmittelbare Partizipation der Mitglieder an der berufsständischen Interessenvertretung ermöglichen; dies steht im Einklang mit dem EU-Recht, das ebenfalls möglichst bürgernahe Entscheidungsverfahren fordert[32]. Die Pflichtmitgliedschaft ist zur Verfolgung dieses Zweckes geeignet und erforderlich: Eine „basisdemokratische" Repräsentanz des Berufsstandes ließe sich bei freiwilliger Mitgliedschaft kaum erreichen, zumindest nicht gewährleisten. Gleichzeitig zeichnet sich die Selbstverwaltung durch Sachnähe, Kompetenz und Unabhängigkeit aus und stellt im Verhältnis zur Aufgabenwahrnehmung durch unmittelbar staatliche Behörden wohl auch das mildere Mittel dar. Die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit durch die Zwangsmitgliedschaft ist

schließlich im engeren Sinne verhältnismäßig, also zumutbar. Sie bedeutet – auch bei Berücksichtigung der Beitragspflicht als Hauptlast der Kammerzugehörigkeit – keine schwerwiegende Belastung, zumal die Mitgliedschaft die Chance zur Mitwirkung an staatlichen Entscheidungsprozessen eröffnet[33].

Andererseits darf nicht übersehen werden, dass es sich bei den von der Pflichtmitgliedschaft in der IHK betroffenen „Gewerben“ regelmäßig nicht um „regulierte Berufe“ im Sinne des Unionsrechts handelt, so dass ihre „Beaufsichtigung“ nicht dieselbe Relevanz besitzt wie beispielsweise bei den freien Berufen und beim Handwerk[34], so dass man sehr wohl die Auffassung vertreten könnte, dass sich jedenfalls die Zwangsmitgliedschaft in einer IHK als unverhältnismäßig darstellt. Dies könnte vor allem auch deswegen gelten, weil es gerade bei eher losen Kontakten zu einer bestimmten Region, wie sie etwa bei Betriebsstätten ausländischer Unternehmen häufig bestehen, gerade an der für das Kammerrecht prägenden „örtlichen Radizierung“ ihrer Interessen fehlt. Erst recht gilt dies, wenn (bei verschiedenen Betriebsstätten) Mehrfachmitgliedschaften bestehen. Im Ergebnis sind daher im Rahmen einer Klausur mit der entsprechenden Begründung unterschiedliche Ergebnisse gleichermaßen vertretbar.

B. Der Kammerbeitrag

74

Nach § 3 Abs. 2 S. 1 IHKG werden die Kosten der Errichtung und Tätigkeit der Industrie- und Handelskammer durch Beiträge der Kammerzugehörigen gemäß einer Beitragsordnung aufgebracht. Als Beiträge im rechtlichen Sinne müssen sie daher dem Äquivalenzprinzip und dem Gleichheitssatz genügen, was aber im vorliegenden Fall nicht zu problematisieren ist[35]. Auch die unmittelbare Anknüpfung der Beitragslast an die – ihrerseits verfassungskonforme – Pflichtmitgliedschaft in § 3 Abs. 2 S. 1 IHKG ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden[36]. Als problematisch könnte sich allenfalls die Differenzierung zwischen ins Handelsregister eingetragenen und sonstigen Mitgliedern erweisen. Während letztere nach § 3 Abs. 3 S. 3–4 IHKG sowohl als Existenzgründer als auch allgemein bei geringem Einkommen privilegiert werden[37], scheidet dies bei ins Handelsregister eingetragenen Gesellschaften – und damit auch im vorliegenden Fall bei L – aus. Allein der Hinweis darauf, der Gesetzgeber habe eine solche Differenzierung gewollt[38], kann eine Begründung nicht ersetzen. Der Hinweis auf den geringen Betrag, der konkret fällig wurde, könnte eine Diskriminierung nicht rechtfertigen.

Maßstab könnte zum einen Art. 3 GG, zum anderen aber auch das Unionsrecht sein. Bei Art. 3 GG räumt das BVerfG dem

Gesetzgeber weite Spielräume zur Differenzierung ein. In der Tat dürfte das Problem geringer Einkünfte sich weniger bei den ins Handelsregister eingetragenen IHK-Zugehörigen als bei anderen Fällen stellen[39]. Trotz der formalen Anknüpfung an die Rechtsform kann man dies in der Sache als ein generalisierendes Leistungsfähigkeitskriterium qualifizieren. Dies könnte einen sachgerechten Grund für die Differenzierung darstellen. Das Unionsrecht sieht aber nicht nur eine Pflichtmitgliedschaft (jedenfalls wenn sie mit Kosten verbunden ist), sondern auch jegliche Differenzierung, die an die Rechtsform anknüpft als problematisch an[40].

Aufgabe 2: Der Streit um Werbekampagne und Akteneinsicht

A. Die Klage auf Unterlassung der Werbekampagne

I. Die Zulässigkeit einer verwaltungsgerichtlichen Klage

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

75

Da eine ausdrückliche Zuweisung fehlt[41], richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Ob eine Streitigkeit öffentlich- oder bürgerlich-rechtlich ist, beurteilt sich nach der Natur des streitgegenständlichen Rechtsverhältnisses[42]. Wird auf Unterlassen, Widerruf oder Beseitigung von Maßnahmen der Organe einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft geklagt, teilt der entsprechende Anspruch die Rechtsnatur des zugrunde liegenden Sachverhalts. Eine Äußerung ist dann als öffentlich-rechtlich zu qualifizieren, wenn sie in einem engen Funktions- bzw Sachzusammenhang mit dem Bereich hoheitlicher Betätigung steht und auf vorhandene oder vermeintlich vorhandene öffentlich-rechtliche Befugnisse gestützt wird[43]. Die IHK Pfalz ist als Körperschaft des öffentlichen Rechts

Teil der mittelbaren Selbstverwaltung und nimmt hoheitliche Aufgaben wahr. Die Streitigkeit ist folglich öffentlich-rechtlich. Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit ist die Streitigkeit zudem nicht als verfassungsrechtlich zu qualifizieren. Auch eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht einschlägig, sodass der Verwaltungsrechtsweg eröffnet ist.

2. Statthafte Klageart

76

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klägerbegehren (§ 88 VwGO), das sich wiederum an der Rechtsnatur der beanstandeten Maßnahme orientiert. L begehrt die Unterlassung der durch die IHK angelegten Kampagne „Buy Pälzisch!“ sowie Akteneinsicht. Da beides als schlichtes Verwaltungshandeln einzuordnen ist, kommt als Klageart nur die zwar in der VwGO nicht ausdrücklich normierte, aber an verschiedenen Stellen (vgl §§ 43 Abs. 2, 111, 113 Abs. 4 VwGO) vorausgesetzte allgemeine Leistungsklage in Betracht. L hat dem Sachverhalt nach einen entsprechenden Leistungsantrag gestellt.

Alternativ stünde nach der Rspr für Klagen gegen die Verwaltung neben der allgemeinen Leistungsklage auch die Feststellungsklage (§ 43 Abs. 1 VwGO) zur Verfügung[44]. Insbesondere sei diese gegenüber einer Unterlassungsklage nicht subsidiär iSv § 43 Abs. 2 VwGO, da die ratio der Subsidiaritätsklausel nur eingreife, wenn ansonsten strengere Sachentscheidungsvoraussetzungen umgangen würden. Diese auf das Reichsgericht (und damit Streitigkeiten auf dem ordentlichen Rechtsweg) zurückgehende „Ehrenmanntheorie“ wird in der Literatur[45] allerdings der eindeutige Wortlaut des § 43 Abs. 2 VwGO entgegengehalten. Da allerdings auch nach der Rechtsprechung kein Vorrang der Feststellungsklage gegeben

ist, sondern lediglich dem Kläger ein Wahlrecht eingeräumt wird, kann es dahinstehen, ob man diese Rechtsprechung überhaupt auf die mittelbare Staatsverwaltung übertragen kann[46]. Nur mit der Leistungsklage kann sich L jedenfalls einen gegebenenfalls vollstreckbaren Titel verschaffen[47].

3. Klagebefugnis

77

Auch für die allgemeine Leistungsklage wird die Klagebefugnis analog § 42 Abs. 2 VwGO als Sachurteilsvoraussetzung gefordert, um Popularklagen auszuschließen.

Als möglicherweise verletzte Rechtsposition kann L vorliegend Art. 2 Abs. 1 GG iVm Art. 19 Abs. 3 GG geltend machen, da dieses Grundrecht nicht nur davor schützt, überhaupt von einer Zwangsmitgliedschaft betroffen zu sein, sondern auch davor, dass eine solche Körperschaft, die ihre verfassungsrechtliche Rechtfertigung im Wesentlichen in der Repräsentation der Interessen ihrer Mitglieder findet, ihren gesetzlichen Aufgabenbereich jedenfalls nicht überschreitet. Wird eine Industrie- und Handelskammer über die ihr zugewiesenen Aufgaben hinaus tätig, kann dem auch der einzelne Kammerzugehörige mit einer Unterlassungsklage entgegentreten, ohne dass es darauf ankäme, ob er dadurch einen darüber hinausgehenden rechtlichen oder spürbaren faktischen Nachteil erleidet[48]. Vorliegend ist nicht ausgeschlossen, dass die IHK mit der Kampagne „Buy Pälzisch“ ihren gesetzlich zugewiesenen Aufgabenkreis überschritten hat, sodass es als möglich erscheint, dass der Anspruch auf Unterlassung besteht.

4. Klagegegner, Beteiligten- und Prozessfähigkeit

78

Der richtige Klagegegner richtet sich auch im Rahmen der allgemeinen Leistungsklage nach dem Rechtsträgerprinzip, welches § 78 VwGO zugrunde liegt. Folglich ist die Klage unmittelbar gegen die Körperschaft zu richten. Richtiger Klagegegner ist also die IHK Pfalz. Als juristische Personen sind gemäß § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO sowohl L als auch die IHK (§ 3 Abs. 1 IHKG) beteiligtenfähig. Die Prozessfähigkeit richtet sich jeweils nach § 62 Abs. 3 VwGO. Die IHK wird somit nach näherer Maßgabe ihrer Satzung durch Präsident und Hauptgeschäftsführer vertreten, § 7 Abs. 2 IHKG, L durch ihren Geschäftsführer, § 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG.

5. Zuständigkeit des Gerichts

79

Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts bestimmt sich nach § 45 VwGO. Die nach dem Sachverhalt zu unterstellende örtliche Zuständigkeit des VG Neustadt a.d.W. ergibt sich aus § 52 VwGO iVm § 3 Abs. 2 Nr. 3 GerOrgG-Rlp.

6. Zwischenergebnis

80
Die Klage ist somit zulässig.

II. Die Begründetheit

Die allgemeine Leistungsklage wäre zudem auch begründet, wenn L der geltend gemachte Unterlassungsanspruch tatsächlich zusteht.

1. Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs

81

Zunächst ist dessen Grundlage zu klären. Eine spezielle Regelung gibt es hierzu im IHKG nicht, so dass auf die allgemeinen Grundsätze zu rekurrieren ist. Dass es einen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch gibt, ist allgemein anerkannt, ohne dass man Einigkeit über seine Herleitung erzielt hätte[49]. Er wird zum Teil unmittelbar aus dem Grundrecht abgeleitet, dem der Eingriff droht, teilweise aus § 1004 BGB analog oder gar aus dem Folgenbeseitigungsanspruch. Der Unterlassungsanspruch könnte sich vorliegend unmittelbar aus Art. 2 Abs. 1 GG (iVm Art. 19 Abs. 3 GG) ergeben, da ein ungerechtfertigter Eingriff in dieses Grundrecht eines Mitglieds einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft vorliegt, sofern diese ihren gesetzlichen Aufgabenbereich überschreitet und damit ohne Rechtsgrundlage handelt[50].

Hinweis:

Sofern man in Aufgabe 1 der Gegenauffassung folgt und die Pflichtmitgliedschaft in einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft an der Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG misst, wäre konsequenterweise auch der mögliche Abwehranspruch aus diesem Grundrecht herzuleiten. Ein vergleichbarer Abwehranspruch könnte

wohl auch aus den Grundfreiheiten entwickelt werden. Eine solche Weiterentwicklung wäre aber nur erforderlich, wenn sich das unionsrechtlich indizierte Ergebnis – die Einräumung von Abwehr- und Unterlassungsansprüchen gegen grundfreiheitenwidriges hoheitliches Handeln – anders nicht erzielen ließe. Es genügt jedoch dem Äquivalenzprinzip, wenn man den Anspruch dogmatisch aus Art. 2 Abs. 1 GG ableitet, ihn aber auch zur Durchsetzung unionsrechtlich begründeter Ansprüche mobilisiert. Auch die Tatsache, dass es sich bei L um eine ausländische juristische Person handelt, steht dem Anspruch nicht entgegen. Dies folgt entweder bereits daraus, dass es sich um einen zwar in den Grundrechten wurzelnden, aber einfachrechtlichen Anspruch handelt, oder aber daraus, dass sich – in unionsrechtskonformer Auslegung des Art. 19 Abs. 3 GG – auch juristische Personen des Privatrechts aus EU-Mitgliedstaaten auf die Grundrechte berufen können[51] (s. zu dieser Problematik ausf **Fall 2**). Für welche dogmatische Begründung man sich entscheidet, hat auf das Ergebnis keinen Einfluss.

Im Ergebnis steht dem einzelnen Mitglied ein Unterlassungsanspruch gegen solche Maßnahmen zu, die nicht zum gesetzlich zugewiesenen Aufgabenbereich der Körperschaft gehören, dem Gebot der Verhältnismäßigkeit widersprechen oder sonst gegen höherrangiges Recht verstoßen. Dieser Anspruch setzt daher auch keine bewusste oder offensichtliche Überschreitung der Aufgaben voraus und besteht unabhängig

davon, dass auch die Staatsaufsicht verpflichtet ist, auf die Einhaltung der der Kammer gesetzten Grenzen zu achten. Vor allem aber besteht der Unterlassungsanspruch unabhängig davon, ob mit der konkret gerügten Maßnahme eine Betroffenheit des Klägers in eigenen Rechten einhergeht; es kommt allein auf die Kompetenzüberschreitung an[52]. Dieser Ansatz überzeugt, stellt doch dieser umfassende Kontrollanspruch das (verfassungsrechtlich notwendige) Korrektiv der Pflichtmitgliedschaft dar[53]. Hält man den Kammerbeitrag gerade auch deswegen für zumutbar, weil die übertragenen Aufgaben angemessen sind, so müsste sich daraus auch ein Anspruch ableiten lassen, auf solche Aufgaben zu verzichten, die für die konkrete Kammer mit zu hohen finanziellen Risiken verbunden wären.

Hinweis:

Insoweit bedarf die bisherige Rechtsprechung einer Überprüfung, nach der ein Mitglied nicht geltend machen kann, die Kammer habe eine Aufgabe nicht ordnungsgemäß wahrgenommen[54]. Diese Fallgruppen lassen sich aber in der Praxis nur schwer auseinanderhalten, wie auch der vorliegende Fall zeigt: Es käme dann entscheidend darauf an, ob man eine solche Kampagne generell als Kompetenzüberschreitung ansähe oder ob man die Förderung regionaler Produkte als zulässig ansieht und lediglich die konkrete Kampagne als nicht ordnungsgemäße Wahrnehmung der Kompetenzen einstuft. Gleichzeitig verbinden sich hier die ungelösten Fragen

des allgemeinen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruchs mit denjenigen, der kammerrechtlichen „Mitgliederklage“. Selbstverständlich sind in der Klausur an dieser Stelle sämtliche Auffassungen vertretbar und kann keine Vertiefung dieser Problematik erwartet werden. Es genügt das entsprechende Problembewusstsein.

2. Kompetenzüberschreitung aufgrund einer Missachtung der einfachgesetzlichen Vorgaben

82

Voraussetzung für einen solchen Anspruch wäre, dass die Maßnahme der IHK nicht von ihrer gesetzlichen Aufgabenzuweisung gedeckt wäre. Maßgeblich ist insoweit § 1 IHKG, der eine Umschreibung des Aufgabenkreises der IHK enthält und trotz der generalklauselartigen Formulierung der Absätze 1 bis 3 – anders als bei Gemeinden – keine Allzuständigkeit normiert. Die Kampagne könnte allerdings deshalb dem Aufgabenkreis der Kammer unterfallen, da diese, gemäß Absatz 1 der Vorschrift, als eine Hauptaufgabe, die Förderung der gewerblichen Wirtschaft ihres Bezirks zugewiesen bekommt. Die Kammer und ihre Organe entscheiden dabei in eigener Verantwortung über die Maßnahmen, die sie für notwendig halten und die Mittel, die sie dafür einsetzen wollen[55]. Mit dem Aufruf will die IHK Pfalz die ihr angehörenden Betriebe fördern, sodass darin eine Förderung der gewerblichen Wirtschaft zu erblicken sein könnte. Das BVerwG lässt es dabei genügen, wenn ein Sachverhalt „zumindest am Rande“ die Interessen der gewerblichen Wirtschaft berührt[56]. Andererseits zeigt sich am Beispiel der L, dass gerade nicht

alle Mitglieder von der „Förderungsmaßnahme“ profitieren, sondern letztlich der gesamte Handel mit ausländischen Waren sogar nachteilig betroffen ist. Je stärker die Förderung der gewerblichen Wirtschaft in den Hintergrund tritt, desto stärker muss sie das Gesamtinteresse der ihr zugehörigen Gewerbetreibenden im Blick behalten, dessen Wahrnehmung ihr in § 1 Abs. 1 IHKG ebenfalls aufgetragen ist. Dabei kann sich die Wahrnehmung des Gesamtinteresses der Bezirkswirtschaft in allen denkbaren Formen vollziehen und umfasst daher auch die Öffentlichkeitsarbeit. Dieses Gesamtinteresse ist dabei weder eine Summe oder Potenzierung der Einzelinteressen noch der kleinste gemeinsame Nenner, sondern setzt nach einer Ermittlung der Einzelinteressen deren Abwägung und den Versuch des Ausgleichs voraus[57]. Es kann also sehr wohl im Widerspruch zu den Interessen eines bestimmten kammerzugehörigen Unternehmens stehen. Voraussetzung dafür, dass von der Wahrnehmung des Gesamtinteresses gesprochen werden kann, ist allerdings, dass die verschiedenen Einzelinteressen bedacht werden und ein Ausgleich versucht wird. Durch die Kampagne „Buy Pälzisch!“ zielt die IHK auf eine Förderung der Gesamtheit der Mitglieder ab. Eine Hervorhebung bestimmter Mitgliedsgruppen soll dagegen nicht erreicht werden. Andererseits hat die Kammer zu bedenken, dass sie sich nicht nur aus solchen Unternehmen zusammensetzt, die ihre Waren vollständig in der Region produzieren. Auch die Interessen derartiger Mitglieder, die in der Region produzieren,

die allerdings das Produkt letztlich nicht als solch regionales Produkt vertreiben, muss die Kammer in die Ermittlung des Gesamtinteresses einfließen lassen. Durch den Aufruf, nur noch Produkte mit „spezifischem“ Bezug zur Pfalz zu kaufen, werden derartige Mitglieder sogar ganz bewusst aus der Aktion herausgenommen, ohne dass ein sachlicher Grund erkennbar ist, warum die Kampagne nur bestimmte Mitglieder erfassen soll. Somit ist davon auszugehen, dass die Kampagne nicht vom Gesamtinteresse der zugehörigen Gewerbetreibenden umfasst ist, sodass der Aufruf nicht als von der Aufgabenzuweisung umfasst angesehen werden kann. Möglicherweise lässt die Gestaltung bereits aus diesen Gründen „das höchstmögliche Maß an Objektivität und die notwendige Sachlichkeit und Zurückhaltung“ vermissen, die das BVerwG[58] und das BVerfG gefordert haben. Zu dem zu beachtenden Rechtsrahmen gehören aber jedenfalls auch die verfassungs- und unionsrechtlichen Vorgaben.

Hinweis:

Aus Gründen der Übersichtlichkeit werden die folgenden Fragen unter getrennten Überschriften geprüft. Strenggenommen handelt es sich gleichwohl um eine unions- und verfassungsrechtskonforme Auslegung der Aufgaben- und Kompetenznormen des IHKG. Allein die Übertragung der Aufgabe ermächtigt gerade nicht zu Grundrechtseingriffen, sodass umgekehrt die Aufgabennormen so ausgelegt werden müssen, dass sie Maßnahmen die – als Eingriff in

Grundrechte und Grundfreiheiten – einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedürfen, gerade nicht erfassen. Die Prüfung von Grundfreiheiten und Grundrechten folgt der üblichen Prüfungsreihenfolge.

3. Kompetenzüberschreitung wegen Grundfreiheitenverstoßes
a) Grundfreiheiten als Maßstab von Maßnahmen der mittelbaren Selbstverwaltung

83

Die Werbekampagne könnte gegen die Grundfreiheiten verstoßen. Dabei ist keinesfalls selbstverständlich, dass sich die Maßnahme der IHK überhaupt an den Grundfreiheiten messen zu lassen hat. Die Grundfreiheiten sind grundsätzlich staatsgerichtete Abwehrrechte. Eine unmittelbare Bindung Privater an die Grundfreiheiten (sog. unmittelbare Drittwirkung) kommt dagegen nur in Ausnahmefällen in Betracht. Allerdings ist der Begriff der Mitgliedstaaten nicht formal, sondern funktional zu verstehen[59] und erfasst alle mit staatlichen Verwaltungsfunktionen betrauten Stellen und sogar privatrechtliche Vereinigungen, soweit sie Verbandsvorschriften erlassen, die auf die grenzüberschreitende Betätigung Einfluss nehmen[60]. Die IHK Pfalz ist eine juristische Person des öffentlichen Rechts und als solche Teil der mittelbaren Staatsverwaltung und Adressatin der Grundfreiheiten. Irrelevant ist zudem die gewählte Handlungsform und damit auch die Frage

des ,,zwingenden Charakters" der Maßnahme. Daher maß der EuGH eine staatliche Werbekampagne zu Recht als Maßnahme gleicher Wirkung an den Grundfreiheiten[61].

b) Einschlägige Grundfreiheit: der Schwerpunkt der Maßnahme

84

In Betracht kommt entweder ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit oder ein solcher gegen die Niederlassungsfreiheit. Die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) könnte betroffen sein, weil L sich durch Erwerb der Produktionsanlage und Gründung einer Zweigniederlassung dauerhaft in einen fremden Mitgliedstaat integriert hat. Insbesondere erfasst die Niederlassungsfreiheit nicht nur die Zulassung iSe „erstmaligen Fußfassens“, sondern verbietet auch alle Diskriminierungen bereits niedergelassener Selbstständiger im laufenden Geschäft[62]. Durch die Kampagne „Buy Pälzisch“ sollen Käufer dazu veranlasst werden, vorwiegend regionale Produkte zu kaufen; sie werden dabei nicht auf den Produktionsort, sondern den „landestypischen“ Charakter abstellen, so dass L vor allem deshalb einen Nachteil fürchten muss, weil die Weingummis trotz der Produktion in der Pfalz unter dem bekannten englischen Produktnamen vertrieben werden und von der Öffentlichkeit als englische Produkte wahrgenommen werden. Es könnte jedoch auch die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 ff AEUV) einschlägig sein. Schließlich stellt die L in Kaiserslautern Weingummis her, welche sich im Unionsgebiet in freiem Verkehr befinden

und ohne Weiteres dem Warenbegriff des Art. 28 Abs. 2 AEUV unterfallen. Allerdings könnte der erforderliche grenzüberschreitende Bezug fehlen, da L von Kaiserslautern aus zwar auch einen Internetversandhandel nach ganz Kontinentaleuropa betreibt, dieser aber von der Kampagne „Buy Pälzisch!“ der IHK Pfalz wohl nicht beeinträchtigt wird. Selbst wenn die Kampagne im Ausland bekannt werden sollte, würde sich niemand davon beeindrucken lassen, dass eine Berufskammer eines anderen Mitgliedsstaates für dortige regionale Produkte wirbt. Der EuGH nimmt zwar auch dann einen grenzüberschreitenden Sachverhalt an, wenn die Maßnahme keinen grenzüberschreitenden Bezug hat, sie sich jedoch dadurch auf den freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedsstaaten auswirkt, dass sie den Vertrieb von Waren inländischen Ursprungs zum Nachteil eingeführter Waren begünstigt[63]. Dies lässt sich speziell hinsichtlich der L jedoch mit guten Gründen bezweifeln[64]. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass es im Rahmen des zu prüfenden Unterlassungsanspruchs gerade nicht darauf ankommt, dass L in ihren Grundfreiheiten beeinträchtigt wird, sondern darauf, ob die Kampagne insgesamt gegen die Grundfreiheiten verstößt. Damit spielt es keine Rolle, ob die Kampagne in Grundfreiheiten der L eingreift, also auch der grenzüberschreitende Bezug hinsichtlich seiner Waren gegeben ist. Vielmehr genügt es, dass sie insgesamt einen grenzüberschreitenden Bezug aufweist. Dies ist zu bejahen, da sie ja gerade die Förderung regionaler Produkte

zum Gegenstand hat und deswegen darauf abzielt, dass in der Pfalz weniger ausländische Produkte gekauft werden.

Da sowohl Warenverkehrs- wie Niederlassungsfreiheit potentiell einschlägig sind, ist der Prüfungsmaßstab zu bestimmen. Der EuGH stellt insoweit (nur) auf die schwerpunktmäßig betroffene Grundfreiheit ab[65]. Da die Kampagne der IHK Pfalz ausschließlich die erzeugten Produkte, nicht die herstellenden Unternehmen betrifft, sprechen die besseren Gründe dafür, im vorliegenden Fall die Warenverkehrsfreiheit zu prüfen.

c) Eingriff und Rechtfertigung

85

Zunächst ist der Eingriff näher zu prüfen. Da offensichtlich keine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung vorliegt, ist zu fragen, ob es sich um eine Maßnahme gleicher Wirkung handelt. Eine solche liegt nach der Dassonville-Formel vor, wenn die Maßnahme den innereuropäischen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell behindert[66]. Dies ist zu bejahen, da die Werbebotschaft der IHK Pfalz die Verbraucher veranlassen könnte, regionale Produkte anstatt einer importierten Ware zu kaufen[67]. Dabei kommt es für die ursprünglich auf „Handelsregelungen" bezogene Dassonville-Formel nicht auf den Regelungscharakter, sondern alleine auf die Wirkung der Maßnahme an. Allenfalls könnte eine Anwendung des Art. 34 AEUV aufgrund der Grundsätze der Keck-Rechtsprechung[68] ausscheiden. Dies setzte aber schon voraus, dass es sich um eine unterschiedslos geltende Maßnahme handelt. Da die Kampagne alleine die typisch regionalen Produkte stärken soll und somit explizit an die Herkunft der Ware anknüpft, eine Begünstigungswirkung auch für importierte Produkte damit von vorneherein ausscheidet, liegt folglich eine formal diskriminierende Maßnahme vor. Die Keck-Rechtsprechung kommt somit nicht zur Anwendung.

Der festgestellte Eingriff in die Warenverkehrsfreiheit könnte

jedoch gerechtfertigt sein. Aufgrund des diskriminierenden Charakters der Maßnahme scheidet jedoch eine Rechtfertigung nach der Cassis-Formel[69] aus, sodass einzig die geschriebenen Rechtfertigungsgründe des Art. 36 AEUV die Maßnahme legitimieren können.

In Betracht kommt hier zunächst der Rechtfertigungsgrund des **Gesundheitsschutzes**. Die Werbung für Regionalprodukte könnte das Ziel verfolgen, die Verbraucher zum Verzehr frischer und werthaltiger Kost zu bewegen. Ein solch allgemeiner Qualitätsschutz fällt allerdings nicht unter Art. 36 S. 1 AEUV, da er nicht primär im Interesse des Schutzes der Gesundheit erfolgt[70]. Zudem ist vorliegend die Kampagne nicht auf Lebensmittel beschränkt, sodass auch deshalb der Bezug zum Gesundheitsschutz nicht intensiv genug ist. Weiter könnte als Rechtfertigungsgrund der **Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums** eingreifen. Der EuGH erkennt in ständiger Rechtsprechung an, dass geschützte geografische Herkunftsangaben unter bestimmten Voraussetzungen hierunter subsumiert werden können. Allerdings werden hier gerade keine solchen geschützt, so dass es auch nicht darauf ankäme inwieweit ein solcher zusätzlicher Schutz neben dem unionsrechtlichen Regime überhaupt zulässig wäre (s. ausführlicher dazu **Fall 6**). Nach alledem kommt eine Rechtfertigung der Maßnahme nicht in Betracht. Der Aufruf „Buy Pälzisch!“ verstößt gegen die Warenverkehrsfreiheit aus Art. 28 AEUV. Daraus folgt ein Unterlassungsanspruch der L.

4. Verstoß gegen die Berufsfreiheit

86

Ferner macht L einen Verstoß gegen die **Berufsfreiheit** aus Art. 12 Abs. 1 GG iVm Art. 19 Abs. 3 GG geltend. Als öffentlich-rechtlich verfasste Körperschaft und Teil der mittelbaren Staatsverwaltung ist die IHK grundrechtsgebunden. Streitig ist allerdings, wie der über eine europarechtskonforme Auslegung des Art. 19 Abs. 3 GG auch juristischen Personen anderer Mitgliedstaaten zu gewährende Grundrechtsschutz bei Deutschengrundrechten wie der Berufsfreiheit zu verwirklichen ist. In Betracht kommt entweder eine unmittelbare Subsumtion unter das Deutschengrundrecht oder die Vermittlung eines äquivalenten Schutzniveaus über Art. 2 Abs. 1 GG. Aufgrund der besonderen Bedeutung des europäischen Diskriminierungsverbotes aus Art. 18 AEUV sprechen die besseren Gründe für eine analoge Anwendung des Deutschengrundrechts[71]. Zudem ist es auch an dieser Stelle unschädlich, dass kein Fall der unmittelbaren, sondern lediglich ein solcher der mittelbaren Staatsverwaltung vorliegt, da gemäß Art. 1 Abs. 3 GG alle Stellen des Bundes und der Länder grundrechtsgebunden sind[72]. Verpflichtet werden also auch alle Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts.

a) Schutzbereich/Eingriff

87

Ein Beruf ist jede nicht sozialschädliche und auf Dauer angelegte Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient. Damit handelt es sich bei Produktion und Vertrieb von Weingummi ohne weiteres um einen Beruf. In den Schutzbereich könnte durch den Aufruf „Buy Pälzisch!“ eingegriffen worden sein. Jedenfalls können nach der neueren Eingriffsdogmatik auch behördliche Warnungen, Informationen und Empfehlungen einen sog. mittelbar-faktischen Grundrechtseingriff darstellen, sofern diese eine bestimmte berufliche oder gewerbliche Betätigung tatsächlich beeinträchtigen[73]. Insoweit macht das BVerfG jedoch eine wichtige Einschränkung. Nach seiner Auffassung „beeinträchtigen marktbezogene Informationen des Staates den grundrechtlichen Gewährleistungsbereich der betroffenen Wettbewerber aus Art. 12 Abs. 1 GG allerdings dann nicht, sofern der Einfluss auf wettbewerbserhebliche Faktoren ohne Verzerrung der Marktverhältnisse nach Maßgabe der rechtlichen Vorgaben für staatliches Informationshandeln erfolgt“. Ob diese Dogmatik zu überzeugen vermag[74], kann vorliegend dahin gestellt bleiben, da es sich bei der Kampagne der IHK nicht um die Verbreitung zutreffender und sachlich gehaltener Information am Markt handelt, sondern um eine

Werbekampagne, die gerade auf eine Beeinflussung des Marktes und die Förderung ganz bestimmter Produkte abzielt. Da eine Förderung der regionalen Produkte als Kehrseite eine zwingende Benachteiligung der übrigen Produkte beinhaltet, ist nach den allgemeinen Grundsätzen ein Eingriff in die Berufsfreiheit gegeben.

b) Rechtfertigung

88

Der Eingriff könnte jedoch gerechtfertigt sein. Gemäß dem Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) wäre Voraussetzung hierfür aber zunächst das Vorliegen einer gesetzlichen **Ermächtigungsgrundlage**. Gerade für Fälle staatlicher Informationstätigkeit und Empfehlungen hat das BVerfG zwar Voraussetzungen aufgestellt, bei deren Vorliegen eine Rechtsgrundlage nicht erforderlich sein soll, die Ermächtigung wegen der Vielschichtigkeit denkbarer Sachverhalte vielmehr als Annex aus der Aufgabenzuweisung folgen soll[75]. Allerdings liegen die von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen nicht vor. Verlangt wird nämlich jedenfalls eine sachliche Informationstätigkeit, für die ein entsprechender Anlass zu bestehen hat. Eine Werbemaßnahme zur Förderung bestimmter Produkte aus rein wirtschaftlichen Aspekten ist hiervon hingegen nicht erfasst.

Demnach bleibt es bei dem allgemeinen Erfordernis des Vorliegens einer Ermächtigungsgrundlage[76]. Diese könnte vorliegend in § 1 Abs. 1 IHKG gesehen werden, wonach es der IHK ausdrücklich obliegt, die gewerbliche Wirtschaft oder einzelne Wirtschaftsteile zu fördern. Allerdings ist zwischen bloßen Aufgabenzuweisungen und Ermächtigungsgrundlagen zu unterscheiden. Aus der Formulierung des § 1 Abs. 1

IHKG geht jedoch bereits hervor, dass es sich hierbei, anders als etwa bei § 9 des Gesetzes, um eine bloße Aufgabenzuweisung handelt („haben…die Aufgabe“). Auf eine Aufgabenzuweisungsnorm lassen sich aber nur solche Maßnahmen stützen, die noch keinen Eingriff in die Rechtssphäre eines Einzelnen begründen. Vorliegend wurde jedoch ein Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG bejaht. Für diesen fehlt es an einer hinreichenden Ermächtigungsgrundlage. Auch das begründet einen Unterlassungsanspruch. Dies gilt nach den in Rn 81 dargestellten Grundsätzen unabhängig von der Frage, ob tatsächlich auch L selbst in ihrer Berufsfreiheit betroffen ist bzw sich überhaupt unmittelbar auf Art. 12 GG stützen kann.

5. Fazit

89

Da die IHK Pfalz ihren gesetzlich zugewiesenen Aufgabenbereich verlassen hat bzw jedenfalls die konkrete Kampagne ohne die erforderliche Rechtsgrundlage ergangen ist, steht L ein Unterlassungsanspruch gegen die IHK Pfalz zu. Die Klage ist somit auch begründet.

B. Der Anspruch auf Auskunft bzw Akteneinsicht

I. Die Zulässigkeit der Klage (Organstreitverfahren)

1. Verwaltungsrechtsweg

90

Auch die internen Rechtsverhältnisse zwischen Mitgliedern der IHK und deren Organen gehören dem öffentlichen Recht an. Für Streitigkeiten zwischen Organen einer Kammer um organschaftliche Kompetenzen ist, ebenso wie im Kommunalverfassungsrecht, verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz gegeben[77]. Auch die Mitwirkungsrechte von Kammermitgliedern unterliegen der gerichtlichen Kontrolle im Rahmen eines sog. Organstreits.

2. Statthafte Klageart

91

Da es sich insoweit um eine Innenrechtsstreitigkeit handelt, kommt nach hM von vorneherein nur die allgemeine Leistungsklage in Betracht, da es auch bei Maßnahmen mit Regelungswirkung jedenfalls an der für einen VA nach § 35 VwVfG vorausgesetzten Außenwirkung fehle[78].

3. Klagebefugnis

92

In entsprechender Anwendung des § 42 Abs. 2 VwGO ist die Klage nur zulässig, wenn und soweit sich der Kläger auf eine Rechtsposition berufen kann, die ihm als Organ oder Organteil eingeräumt ist[79]. L macht einen Anspruch auf Akteneinsicht geltend. Unmittelbar ergibt sich ein solcher aus dem IHKG nicht. § 4 IHKG regelt die rechtliche Bedeutung der Vollversammlung und bestimmt die ihr vorbehaltenen Zuständigkeiten, trifft aber zu möglichen Akteneinsichts- und Informationsrechten genauso wenig eine Regelung wie (nach den Sachverhaltsangaben) die Kammersatzung. Ob sich in Entsprechung zum Kommunalrecht ein solcher Anspruch aus der Stellung der Vollversammlung als demokratisch legitimiertem Hauptorgan und ihren gesetzlichen Kontrollbefugnissen (vgl § 4 S. 2 Nr. 5 IHKG) oder gar dem Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG ableiten lässt[80], bedarf im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung keiner abschließenden Entscheidung. Es reicht aus, wenn die Möglichkeit der behaupteten Rechtsverletzung besteht. Ein berechtigtes Interesse fehlt nur dann, wenn der geltend gemachte Anspruch aus dem Mitgliedschaftsrecht dem Kläger offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise zustehen kann[81].

4. Klagegegner, Beteiligten- und Prozessfähigkeit

93

Die Beteiligtenfähigkeit des Kl. ergibt sich aus § 61 Nr. 2 VwGO, da er ihm als Vollversammlungsmitglied zugewiesene Mitgliedschaftsrechte verfolgt[82]. Die Klage ist im Organstreitverfahren gegen das zuständige Organ zu richten, dem die behauptete Verletzung des Mitgliedschaftsrechts anzulasten ist, hier also den Präsidenten[83].

II. Die Begründetheit der Klage

Die Klage der L ist begründet, wenn ihr das begehrte Auskunfts- bzw Akteneinsichtsrecht zusteht.

1. Keine ausdrückliche Regelung

94

Eine ausdrückliche Rechtsgrundlage im IHKG findet sich nicht (s. schon iRd Klagebefugnis). In Rheinland-Pfalz wird – anders als zB in NRW[84] – auch die Anwendbarkeit des LIFG auf Kammern in § 2 Abs. 5 LIFG ausdrücklich ausgeschlossen, so dass allenfalls ein ungeschriebenes Akteneinsichtsrecht in Betracht kommt.

2. Ableitung aus der Organstellung

95

L ist gewähltes Mitglied der Vollversammlung, so dass sich der Anspruch möglicherweise aus dieser Stellung als Mitglied der Vollversammlung ableiten lässt[85]. Die Vollversammlung ist das demokratisch legitimierte Hauptorgan der Kammer, der die wesentlichen Entscheidungen über die Arbeit der Kammer vorbehalten sind, wie sich aus § 4 IHKG ergibt[86]. Dem einzelnen Mandatsträger erwachsen aus der Mitgliedschaft alle Rechte, auf deren Wahrnehmung er zur angemessenen Erfüllung seiner Funktion angewiesen ist. Die Mitglieder der Vollversammlung einer Industrie- und Handelskammer haben umfassende Mitwirkungsrechte bei der Beratung und der Entscheidung in allen in der Zuständigkeit der Vollversammlung liegenden Kammerangelegenheiten. Außerdem wählen sie die Leitungsorgane, die nach allgemeinen Grundsätzen gegenüber dem sie wählenden Organ rechenschaftspflichtig sind, so dass sich daraus ein Kontrollrecht der Vollversammlung ergibt[87]. Die Kontrolle des Präsidiums kann nur durch umfassende Informations- und Akteneinsichtsrechte gewährleistet werden. Insoweit ergeben sich Parallelen zur Rechtsstellung eines parlamentarischen Abgeordneten[88].

Da das IHKG keine Instrumente zur Ausübung dieses Kontrollrechts vorsieht, sind diese autonom von der Kammer

zu regeln[89]. Die Satzung sieht ein solches Akteneinsichts- bzw Informationsrecht allerdings nicht vor. Darin könnte ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG liegen. Industrie- und Handelskammern gehören zum Bereich der funktionalen Selbstverwaltung. Das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG erlaubt es, durch Gesetz für abgegrenzte Bereiche der Erledigung öffentlicher Aufgaben besondere Organisationsformen der Selbstverwaltung zu schaffen. Nicht nur die Auswahl der auf Organisationseinheiten der funktionalen Selbstverwaltung zu übertragenden Aufgaben, sondern auch die Regelung der Strukturen und Entscheidungsprozesse, in denen diese bewältigt werden, stehen weitgehend im Ermessen des Gesetzgebers[90]. Der Gesetzgeber konnte daher das Kontrollorgan der IHK, die Vollversammlung, trotz des insoweit irreführenden Namens, als Repräsentativorgan ausgestalten[91] und diesem auch die Kontrolle des Präsidiums übertragen. Grundsätzlich stehen daher auch die für die Kontrolle unerlässlichen Informationsrechte zunächst einmal der Vollversammlung als Gesamtorgan zu[92]. Nach allgemeinen Grundsätzen kann daher ein einzelnes Mitglied nicht im Wege der Prozessstandschaft die Rechte des Gesamtorgans geltend machen[93].

Andererseits ist zu beachten, dass sich die Rechtsstellung eines Mitglieds der Vollversammlung keineswegs ausschließlich aus derjenigen des Gesamtorgans ableitet. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass es sich um ein pluralistisch

besetztes Repräsentativorgan handelt, vgl § 5 Abs. 3 S. 2 IHKG. Diese pluralistische Gestaltung einer IHK ist auch verfassungsrechtlich gefordert (s. oben Rn 70). Gerade deswegen sind „Minderheitsrechte“ von besonderer Bedeutung. Nachdem das Kammerrecht anders als das Parlamentsrecht keine Fraktionen kennt, die Minderheitsrechte gemeinsam geltend machen können, besteht für diese Kontrollbefugnisse ein besonderes Bedürfnis[94].

Damit steht dem L aufgrund seiner Stellung als Mitglied der Vollversammlung ein Akteneinsichtsrecht zu[95].

Hinweis:

Aufgrund des eindeutig angelegten Sachverhalts war vorliegend einzig nach einem aus der Zugehörigkeit zu der Organschaft Vollversammlung abzuleitenden Akteneinsichtsrecht gefragt. Insbesondere da dieser Anspruch zu bejahen ist, bedarf es im Rahmen des zu erstellenden Gutachtens keiner Erwägungen zur Herleitung eines solchen Anspruchs aus weiteren Gesichtspunkten. Denkbar – und bei entsprechender Formulierung der Fallfrage gutachterlich zu erörtern – wäre allerdings auch, dass sich das Akteneinsichtsrecht bereits aus der bloßen Mitgliedschaftsstellung herleiten lässt. Eine solche Anknüpfung muss wohl deshalb grundsätzlich möglich sein, da die Kammerzugehörigkeit nicht auf einem freien Willensentschluss der Mitglieder beruht, sondern zwangsweise begründet wurde, was sich verfassungsrechtlich nur dann legitimieren lässt, wenn den Mitgliedern ein

Anspruch gegen die Körperschaft auf Unterlassung jeglicher kompetenzüberschreitender Maßnahmen eingeräumt wird (s.o.). Dieser vermag die Zwangsmitgliedschaft jedoch nur dann zu legitimieren, wenn er hinreichend effektiv ist, was insbesondere die Kenntnis der anspruchsbegründenden Umstände voraussetzt.

Die Problematik wird umso deutlicher, wenn man bedenkt, dass selbst gänzlich außenstehenden Gewerbetreibenden in Situationen, in denen diesen ein – freilich eine Rechtsverletzung voraussetzender – Unterlassungsanspruch gegen die Kammer zusteht, ein entsprechendes Akteneinsichtsrecht bereits nach allgemeinen öffentlich-rechtlichen Grundsätzen zur Anspruchsverwirklichung eingeräumt wird[96].

Zu beachten ist schließlich, dass sich ein solcher Auskunftsanspruch aus dem jeweiligen LIFG ergeben kann, das jedenfalls nicht vom IHKG verdrängt wird[97]. Das IFG RP war vorliegend allerdings nach dem Bearbeitervermerk nicht zu prüfen. Es ist nach § 2 Abs. 5 auf Kammern allerdings auch nicht anwendbar.

Anmerkungen

[1]

Zum Verhältnis zum Gewerbesteuerrecht BVerwG, NVwZ 2011, 1390.

[2]

Vgl § 13d HGB; die Eintragung als solche basiert auf EU-Richtlinien, so dass nur Folgefragen an den Grundfreiheiten geprüft werden. S. etwa EuGH, NJW 2006, 3195 zur Unionsrechtskonformität des Kostenvorschusses für die Handelsregistereintragung.

[3]

Dazu schon BVerwG, NJW 1978, 904: die Pflichtmitgliedschaft finde ihren verlässlichen Anknüpfungspunkt allein in dem durch den Kammerpflichtigen selbst bestimmten Gegenstand, nicht dagegen in dem nur begrenzt steuerbaren und zeitlich schwankenden Umfang seiner beruflichen Tätigkeit.

[4]

Davon zu unterscheiden ist die Frage, inwieweit sich L als juristische Person auf Art. 12 GG als Deutschengrundrechte berufen kann (dazu bereits Fall 2 und Fall 4). Dass Art. 12 GG ein Deutschengrundrecht ist, kann allerdings genauso wenig ein Argument gegen seine Anwendung auf die Zwangsmitgliedschaft sein wie der Umstand, dass auch bei

Berufsausübungsregelungen die Anforderungen strenger sind als diejenigen nach Art. 2 Abs. 1 GG, s. aber in dieser Richtung *Hatje/Terhechte*, NJW 2002, 1849.

[5]

Scholz, in: MDHS, GG, Art. 9 Rn 91; *Manssen*, in: v. MKS, GG, Bd. I, Art. 12 Rn 213.

[6]

BVerfGE 13, 181, 186; 97, 228, 253. An dieser berufsregelnden Tendenz fehlt es, wenn die betreffende Maßnahme weder auf eine Berufsregelung zielt noch sich unmittelbar auf die berufliche Tätigkeit auswirkt, BVerfGE 13, 181, 186.

[7]

BVerfGE 10, 354, 363 zur Pflichtmitgliedschaft von Ärzten. Zur IHK BVerwGE 107, 169 (171 ff); die dagegen gerichtete Verfassungsbeschwerde wurde nicht zur Entscheidung angenommen, s. BVerfG, NVwZ 2002, 335.

[8]

BVerfGE 15, 235, 239.

[9]

Ruthig, in: Ruthig/Storr, Rn 122, 127 mwN. Zu diesem Merkmal auch *Cornils*, FS Bethge (2009), 137, 151 ff.

[10]

Cornils, FS Bethge (2009), 137, 151.

[11]

BVerfGE 10, 89, 102; aA *Ipsen*, Staatsrecht II, Rn 592 ff,

der die negative Vereinigungsfreiheit generell Art. 2 Abs. 1 GG zuordnet.

[12]

Pieroth/Schlink, Rn 790 ff.

[13]

Insbesondere BVerfG v. 12.7.2017 – 1 BvR 2222/12 u. 1106/13 Rn 78; s. zuvor BVerfGE 38, 281, 298; 50, 290, 353; BVerfG, NVwZ 2002, 335; s. auch BVerwGE 107, 169, 172; *Di Fabio*, in: MDHS, GG, Art. 2 Abs. 1 Rn 22. Zu weiteren Argumenten s. *Kluth*, NVwZ 2002, 298, 299.

[14]

Anders insbesondere *Schöbener*, VerwArch 2000, 374, 385 ff mwN. Auch bei der parallelen Vorschrift des Art. 11 EMRK werden öffentlich-rechtliche Korporationen von der Vereinigungsfreiheit nicht erfasst, vgl OVG Münster: Beschluss v. 26.5.2010 – 17 A 2617/08.

[15]

BVerfG v. 12.7.2017 – 1 BvR 2222/12 u. 1106/13 Rn 81 f.

[16]

Dort wird sie von der Rspr weiterhin zugrunde gelegt, s. nur BGHZ 178, 192. Um die Gründungstheorie wird sie nach dieser Auffassung nur bei solchen Gesellschaften ergänzt, die nach dem Recht eines anderen EU-Mitgliedstaates gegründet worden sind und dort ihren satzungsmäßigen Sitz haben. Diese sind nach Maßgabe ihres Gründungsrechts im Inland rechts- und parteifähig, vgl BGHZ 154, 185 – Überseering; BGH,

NJW 2005, 1648. Für die Frage der Grundrechtsfähigkeit spielt sie keine Rolle, da eine solche sich als inländische „juristische Person“ darstellt, was bei Art. 19 Abs. 3 GG keine Rechtsfähigkeit verlangt. Zu den gewerberechtlichen Konsequenzen aus der Gründungstheorie vgl *Ruthig*, in: Ruthig/ Storr, Rn 264.

[17]

BVerfGE 129, 78. S. auch *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Rn 152; anders wäre bei (selbstständigen) Tochterunternehmen zu entscheiden.

[18]

An dieser Stelle zeigt sich, dass der obige Streit, was die Subsumtion der Zwangsmitgliedschaft unter ein bestimmtes Grundrecht angeht, keineswegs rein dogmatischer Natur ist, da Art. 9 Abs. 2 GG darüber hinausgehende Anforderungen an eine Rechtfertigungsmöglichkeit aufstellt.

[19]

BVerfG, NVwZ 2002, 335.

[20]

BVerfGE 38, 281, 299; BVerfG, NVwZ 2002, 335, 336.

[21]

Dazu insbes der ausführlich begründete Nichtannahmebeschluss BVerfG, NVwZ 2002, 335, 337; BVerfG v. 12.7.2017 Rn 88 ff.

[22]

BVerfG v. 12.7.2017 – 1 BvR 2222/12 u. 1106/13 Rn 94.

[23]

BVerfG aaO. Rn 102.

[24]

S. auch *Ruthig*, in: Ruthig/Storr Rn 142; vgl allg bereits *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionellen Selbstverwaltung, 1991, S. 435 f.

[25]

S. auch VG Ansbach, GewArch 2010, 301; anders verhält es sich bei der Handwerkskammer, vgl *Ruthig*, in: Ruffert, Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht § 3 Rn 73 ff.

[26]

EuGH, Rs. 8/74, Slg 1974, 837 Rn 5.

[27]

Frentzel/Jäkel/Junge, IHKG, 7. Aufl 2009, § 2 Rn 7; *Kluth*, NVwZ 2002, 298, 301; *Burgi*, in: Kluth, Jahrbuch des Kammerrechts 2002, S. 23, 35.

[28]

Classen, EWS 1995, 97, 103. Für eine Begrenzung auf den Marktzugang auch *Kingreen*, Grundfreiheiten, in: *v. Bogdandy*, Europäisches Verfassungsrecht, 2009, 705, 732 ; *Eberhartinger*, EWS 1997, 43, 49.

[29]

Diesen Ansatz ablehnend *Diefenbach*, GewArch 2006, 217. Der EuGH hat sich bislang noch nicht abschließend geäußert. Allerdings hat er – ohne die dort nicht entscheidungserhebliche Frage zu vertiefen – im Fall

Corsten (der die Dienstleistungsfreiheit betraf) lediglich die Rechtfertigung einer Pflicht zur Mitgliedschaft in der Handwerkskammer problematisiert, eine Beschränkung also ohne nähere Erörterung angenommen, vgl EuGH v. 3.10.2000, Rs. C-58/98 – *„Josef Corsten“*, Slg 2000, I-7919 = EuZW 2000, 763. S. dazu *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Fall 3 (Rn 46).

[30]

So aber *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. 337 f. Hier gilt nichts anderes als im Verfassungsrecht, wo auch das BVerfG in der Pflichtmitgliedschaft zu Recht einen (rechtfertigungsbedürftigen) Eingriff in die Freiheitssphäre gesehen hat, vgl oben Rn 67 ff.

[31]

Vgl zur Zusammenfassung des Prüfprogramms EuGH v. 30.11.1995, Rs. C-55/94 – *„Gebhard“*, Rn 37, Slg 1995, I-4165, 4197. dazu *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Rn 63 f.

[32]

Kluth, Funktionale Selbstverwaltung, S. 339. Insofern ist zu berücksichtigen, dass der EuGH bei der Anerkennung der von den Mitgliedstaaten mit einer Regelung verfolgten Zwecke sehr großzügig ist, dann aber hohe Anforderungen an die Kohärenz der getroffenen Regelungen stellt, dazu *Ruthig*, in: Ruthig/ Storr, Rn 68 ff; *ders.*, in: Ruffert, Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht § 3 Rn 75.

[33]

Dies dürfte grundsätzlich auch der Auffassung des EuGH

entsprechen, s. bereits *EuGH* v. 27.10.1983, NJW 1984, 2222, 2223. Im Zusammenhang mit einer Berufsgenossenschaft zuletzt EuGH v. 5.3.2009, Rs. 350/07, EuZW 2009, 290 m. Anm. Gundel. Zweifelhaft erscheint allerdings dabei die gängige Lesart in Deutschland, dass der EuGH die Zwangsmitgliedschaft in dieser Entscheidung (uneingeschränkt) bestätigt habe, so etwa *Martens*, GewArch 2011, 15. Ausführlicher hierzu *Ruthig*, in: Ruffert, Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht § 3 Rn 75.

[34]

Näher zur Regelungssystematik im Bereich der sog. „reglementierten Berufe“ am Beispiel des Handwerksrechts *Ruthig*, in: Ruffert, Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht § 3 Rn 30 ff.

[35]

Vgl zur stRspr BVerwG, GewArch 1999, 73; sehr weit gehend BVerwG, NVwZ-RR 2017, 427. Die Anknüpfung an die Gewerbesteuermessbeträge verweist daher nach dem BVerwG nicht nur auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Kammermitglieder, sondern zugleich auf das Gewicht des Vorteils, den der Beitrag abgelten soll. Dies basiert auf der Überlegung, dass leistungsstarke Unternehmen aus der Tätigkeit der Kammer in der Regel einen höheren Nutzen ziehen können als wirtschaftlich schwächere. Die Kammern vertreten in erster Linie die Gesamtbelange ihrer Mitglieder, so dass die Vorteile der einzelnen Kammerzugehörigen nicht konkret messbar sind. Daher hat auch der Kammerbeitrag keinen

unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil auszugleichen, der sich bei dem einzelnen Kammerangehörigen niederschlägt.

[36]

BVerfG, GewArch 2002, 111; BVerwG, GewArch 1998, 410; BVerfG v. 12.7.2017 – 1 BvR 2222/12 u. 1106/13 Rn 105 ff.

[37]

In der Praxis führt dies dazu, dass häufig mehr als ein Drittel der Mitglieder einer IHK tatsächlich keine Beiträge zahlen.

[38]

VG Würzburg, GewArch 2011, 125: „Für eine entsprechende Anwendung dieser Vorschriften auf den vorliegenden Fall besteht kein Bedürfnis. Hätte der Gesetzgeber dies gewollt, hätte er dies geregelt. Die Beitragsbefreiung stellt nun einmal auf das formale Element der Eintragung im Handelsregister ab. Wer für die Eintragung optiert, kann nicht nur selektiv die Vorteile des Kaufmannstandes genießen, sondern muss auch die Nachteile in Kauf nehmen“.

[39]

So auch VG Würzburg, GewArch 2011, 125; ausf *Rieger*, in: Kluth, Handbuch des Kammerrechts, 2. Aufl, § 13 Rn 107.

[40]

Folgt man den Grundsätzen der Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit von Gesellschaften (vgl insb EuGH v. 30.9.2003, Rs. C-167/01 – *„Inspire Art“*, Slg 2003 I-10155; dazu *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Rn 237ff) sind

Anforderungen an die Errichtung von Zweigniederlassungen zumindest rechtfertigungsbedürftig. Eine solche Rechtfertigung für die Beitragspflicht ist nicht ohne weiteres ersichtlich, wie das Sekundärrecht bestätigt. Art. 16 Abs. 2 lit. b der DienstleistungsRL lässt die Pflichtmitgliedschaft nur noch in den ausdrücklich gemeinschaftsrechtlich geregelten Fällen zu und auch Art. 6 lit. a der BerufsanerkennungsRL lässt eine Pro-Forma-Mitgliedschaft nur zu, wenn sie für den Betreffenden keine Kosten verursacht, s. auch *Schmidt-Kessel*, in: Schlachter/Ohler, Dienstleistungsrichtlinie, Art. 16 Rn 56.

[41]

Zu solchen näher *Ruthig*, in: Kopp/Schenke, § 40 Rn 55.

[42]

GmS-OGB,; ausführlich zu den bei der Auslegung dieser Ausgangsthese verbundenen Schwierigkeiten *Ruthig*, in: Kopp/Schenke, § 40 Rn 6 ff.

[43]

S. auch *Schöbener*, in: Kluth, Handbuch des Kammerrechts, 2. Aufl, § 14 Rn 32. Nicht überzeugend BGH, NJW 1987, 329, der bei einer Äußerung einer Handwerkskammer im Wettbewerb (auch) eine Streitigkeit nach § 1 UWG angenommen und für diese den Zivilrechtsweg bejaht hatte. Krit zur damit verbundenen Annahme einer Doppelnatur *Ehlers*, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO § 40 Rn 287. Im vorliegenden Fall ist diese jedoch schon deswegen nicht einschlägig, weil die Äußerung gerade nicht „zu Zwecken des

Wettbewerbs“ erfolgte.

[44]

StRspr, vgl BVerwGE 95, 25, 27. Speziell zum Kammerrecht BVerwGE 112, 69; *Jahn*, GewArch 2001, 146, 151.

[45]

Kopp/Schenke, VwGO § 43 Rn 28; *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 18 Rn 5 f.

[46]

So allerdings BVerwG 112, 69, 71; OVG Münster, GewArch 2003, 418; krit auch hier die Literatur, vgl *Schöbener*, in: Kluth, Handbuch des Kammerrechts, 2. Aufl, § 14 Rn 84.

[47]

S. nur zum Streit um die (vorläufige) Vollstreckbarkeit eines entsprechenden Leistungsurteils VGH Mannheim v. 3.11.2011 – 6 S 2904/11.

[48]

BVerwGE 107, 169, 174 f; 112, 69, 72. Ausf Nachweise zum Unterlassungsanspruch im Rahmen der Begründetheitsprüfung unter II 1.

[49]

Ausf *Laubinger*, VerwArch. 80 (1989), 261, 289 ff. Zum öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch auch *Antweiler*, NVwZ 2003, 1466 (bezogen auf kommunalwirtschaftliche Betätigung); *Büllesbach/Köckerbauer/Peter*, JuS 1991, 373; *Kemmler*, JA 2005, 908. Das BVerwG hat zu dieser Frage bisher noch keine eindeutige Stellung bezogen.

[50]

BVerwGE 112, 69, 72; OVG Münster, GewArch 2000, 378. Das Verhältnis zum allgemeinen öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch ist nicht geklärt. *Jahn*, GewArch 2002, 353 sieht darin einen „mitgliedschaftsrechtlichen, also öffentlich-rechtlichen Unterlassungsanspruch", will damit aber nur von zivilrechtlichen Ansprüchen abgrenzen. Die grundlegende Untersuchung von *Laubinger*, VerwArch 80 (1989), 261, 268 beschränkt sich von vornherein auf andere in der Praxis häufigere Fallkonstellationen.

[51]

Zu dieser „Anwendungserweiterung des deutschen Grundrechtsschutzes" ausf BVerfG, NJW 2011, 3428, 3430 ff.

[52]

BVerwGE 122, 69, 72 f; VGH München, GewArch 2007, 417, 418; krit dazu weite Teile der Literatur, vgl *Fröhler/ Oberndorfer*, Körperschaften des öffentlichen Rechts und Interessenvertretung, 1974, S. 77; *Laubinger*, VerwArch 74 (1983), 263, 272 ff; *Hendler*, DÖV 1986, 675, 683; *Kluth*, DVBl. 1986, 716; ausf *Schöbener*, in: Kluth, Handbuch des Kammerrechts, 2. Aufl, § 14 Rn 97 mwN.

[53]

S. auch *Schöbener*, in: Kluth, Handbuch des Kammerrechts, 2. Aufl, § 14 Rn 98; *Jahn*, GewArch 2001, 146, 151. Auch BVerfG, NVwZ 2002, 335, 337 argumentiert bei der Prüfung der Zumutbarkeit der Pflichtmitgliedschaft ausdrücklich mit

dem mitgliedschaftsrechtlichen Unterlassungsanspruch.

[54]

Zu dieser Differenzierung BVerwGE 112, 69, 72 f; *Schöbener*, in: Kluth, Handbuch des Kammerrechts, 2. Aufl, § 14 Rn 98.

[55]

Möllering, in: Frenzel/Jäkel/Junge, IHKG, 7. Aufl, § 1 Rn 18.

[56]

BVerwG, GewArch 2010, 400; s. auch VGH Mannheim, GewArch 2001, 422, 424; *Schöbener*, in: Kluth, Handbuch des Kammerrechts, 2. Aufl, § 14 Rn 106.

[57]

Möllering, in: Frenzel/Jäkel/Junge, IHKG, 7. Aufl, § 1 Rn 6.

[58]

BVerwG, GewArch 2010, 400 m Anm *Eisenmenger*. S. auch *Möllering*, GewArch 2011, 56; *Schöbener*, in: Kluth, Handbuch des Kammerrechts, 2. Aufl, § 14 Rn 106.

[59]

Frenz, Hdb. Europarecht, Bd. 1, Rn 316.

[60]

S. EuGH v. 12.12.1974, Rs. C-36/74 – *„UCI“*, Rn 4 ff, Slg 1974, 1405, 1418 ff.

[61]

EuGH v. 17.6.1981, Rs. C-113–80 – *„Kommission/Irland“*, Rn 21, Slg 1981, 1625; s. auch *Epiney*, in: Ehlers, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, § 8 Rn 15.

[62]

Forsthoff, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU Art. 49 AUEV Rn 76.

[63]

EuGH, Rs. C-321-324/94, Slg 1997, I-2324 (2374, Rn 42 ff) – *Pistre*.

[64]

Wichtig war an dieser Stelle zu erkennen, dass vorliegend die typische „Buy Irish"-Konstellation nicht gegeben ist, da es dort, wie in den Folgeentscheidungen auch, um einen Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit gegenüber solchen Unternehmen ging, die in dem entsprechenden Land keine Produktions- und Vertriebsstätte unterhielten, der grenzüberschreitende Bezug also (anders als hier) ohne Weiteres bejaht werden konnte.

[65]

Dazu näher *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Rn 66.

[66]

EuGH, Rs. 8/74, Slg 1974, 837 Rn 5.

[67]

Vgl die vergleichbare Argumentation des EuGH in: Rs. C-325/00, Slg 2002, I-9977 – *CMA*.

[68]

EuGH verb. Rs. C-267 u. C-268/91, Slg 1993, I-6097, Rn 17 – Keck und Mithouard. Dazu *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Rn 61.

[69]

EuGH, Rs. C-120/78, Slg 1979, 649 Rn 8 – Cassis de Dijon.

Zur Frage, ob alle oder nur offen diskriminierende Maßnahmen vom Anwendungsbereich der Formel ausgenommen sind vgl *Kingreen*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, Art. 34-36 AEUV Rn 82 ff; kritisch zu der dogmatisch „nicht zu befriedigenden" Rechtsprechung des EuGH *Streinz*, Europarecht Rn 946.

[70]

EuGH, Rs. 13/78, Slg 1978, EuGH, Slg. 1978, S. 1935, Rn 31 – *Eggers*.

[71]

Ehlers, JZ 1996, 776, 781; *Wernsmann*, Jura 2000, 657; aA *Bauer/Kahl*, JZ, 1995, 1077, 1085.

[72]

Herdegen, in: MDHS, GG, Art. 1 Abs. 1 Rn 94.

[73]

Vgl BVerfGE 105, 252, 253 ff. Ebenso zum Vergaberecht BVerfGE 116, 135, 151 f; 116, 202, 221.

[74]

Vgl auch *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Rn 118. Ausf Kritik an der Glykolweinentscheidung bei *Schoch*, NVwZ 2001, 193, 198; grundlegend zur Rechtsprechung des BVerfG zum staatlichen Informationshandeln *ders.*, NVwZ 2011, 193.

[75]

BVerfGE 105, 279, 292 ff.

[76]

S. auch *BVerwG*, NJW 1996, 3161, 3162 zur Veröffentlichung von Warentests durch eine

Landwirtschaftskammer; s. auch *Schöbener*, in: Kluth, Handbuch des Kammerrechts, 2. Aufl, § 14 Rn 129; aA noch OVG Koblenz, GewArch 1994, 234, 235 f.

[77]

OVG Münster, GewArch 1990, 136; *Tettinger*, KammerR, B III 4b; Frentzel/Jäkel/Junge, IHKG, 7. Aufl, § 6 Rn 3.

[78]

Ausf und krit am Beispiel des kommunalrechtlichen Organstreitverfahrens *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht Rn 228.

[79]

BVerwG, NVwZ 1989, 470; OVG Münster, NVwZ-RR 2002, 135.

[80]

BVerfG v. 12.7.2017 – 1 BvR 2222/12 u. 1106/13.

[81]

Allg zu den Anforderungen an die Geltendmachung der Rechtsverletzung *Schenke*, Verwaltungsprozessrecht Rn 493 ff.

[82]

Schenke, Verwaltungsprozessrecht Rn 462.

[83]

VGH Kassel, 18.8.1999 – 8 U 2200/99.

[84]

S. OVG Münster, GewArch 2007, 113 auch zur Anwendbarkeit auf Informationsanträge von Mitgliedern der Vollversammlung, die sie zugleich als natürliche Personen

stellen.

[85]

So die Lösung des OVG Münster, NVwZ 2003, 1526. Diesen Ansatz ablehnend die Revisionsentscheidung BVerwGE 120, 255.

[86]

Frentzel/Jäkel/Junge, IHKG § 4 Rn 1.

[87]

Groß, in: Kluth, Handbuch des Kammerrechts, 2. Aufl, § 7 Rn 23.

[88]

Zum Informationsanspruch eines Abgeordneten BVerfGE 70, 324, 335.

[89]

Groß, in: Kluth, Handbuch des Kammerrechts, 2. Aufl, § 7 Rn 23.

[90]

BVerfGE 107, 59; daran anknüpfend für das Akteneinsichtsrecht von Mitgliedern der Vollversammlung BVerwGE 120, 255.

[91]

Dazu *Groß*, in: Kluth, Handbuch des Kammerrechts, 2. Aufl, § 7 Rn 15.

[92]

S. auch BVerwGE 120, 255.

[93]

Vgl BVerfGE 70, 324, 342 f für den Abgeordneten. Ausf *Groß*, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation S. 319 mwN.

[94]

Nicht überzeugend daher BVerwGE 120, 255, 261 f, das allein mit der einfachgesetzlichen Ausgestaltung argumentiert und Parallelen zum Kommunalverfassungsrecht ausdrücklich ablehnt und auf das Demokratieprinzip nur sehr allgemein eingeht.

[95]

Ebenso OVG Münster, NVwZ 2003, 1526; *Groß*, in: Kluth, Handbuch des Kammerrechts, 2. Aufl, § 7 Rn 101; aA BVerwGE 120, 255. Nicht ohne weiteres übertragbar die Entscheidung BGH, NJW-RR 2001, 996, 997 zur BRAO. Dort ist die erforderliche Unterrichtung und Information der Kammerversammlung zu erteilen (vgl § 73 Abs. 2 Nr. 7 BRAO).

[96]

Einen Anspruch gar aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG bejahend: OVG Lüneburg, NJW 1996, 1489, 1490; für einen Anspruch aus allgemeinen rechtsstaatlichen Gründen *Kopp/Schenke*, VwGO, § 100 Rn 2; *Lang*, in: Sodan/Ziekow, § 100 Rn 13.

[97]

Vgl § 1 Abs. 1 IFG Bund sowie etwa § 4 Abs. 1 iVm § 2 IFG NRW; vgl zu letzterem OVG Münster, GewArch 2007, 113, insbesondere auch zu der Problematik, dass dem einzelnen Mitglied über das einschlägige IFG als natürliche Person ein

weiterreichender Auskunftsanspruch zukommen kann, als sich ein solcher aus der Stellung als Vollversammlungsmitglied ergibt. Zur Zulässigkeit solcher Regelungen neben dem IHKG BVerwG, GewArch 2007, 478.

Fall 4 Nahversorgung

Inhaltsverzeichnis

Vorüberlegungen
Gliederung
Lösung

96

H wohnt in einer landschaftlich reizvollen, aber leider etwas abgelegenen Gegend von Rheinland-Pfalz. Als der letzte Laden im Ort schließt, muss sie – wie alle anderen auch – für die Einkäufe des täglichen Bedarfs bis in die 20 km entfernte Kreisstadt im Landkreis K fahren. Sie will aber nicht nur jammern, sondern selbst etwas dafür tun, dass das Landleben wieder attraktiver wird. Sie beschließt, mit einem Stammkapital von 200 000 EUR die SOONAHE GmbH zu gründen, die sich die Förderung der kleinen Erzeuger und der Nahversorgung im ländlichen Raum zur Aufgabe machen soll. H wird Geschäftsführerin. Das Konzept sieht Regionalläden, einen Internet-Lieferservice und sogenannte „Rollende Läden“ vor, in denen vor allem regionale Produkte einschließlich der hervorragenden Weine angeboten werden sollen. Im Sortiment werden neben Lebensmitteln auch Haushaltswaren und Alltagskleidung aufgenommen.

Aufgabe 1:

Sehr schnell lassen sich Einzelhändler aus der Region

von dieser Idee begeistern und firmieren als SOONAHE-Läden, denen die S GmbH gegen eine entsprechende Gebühr die Nutzung des Logos gestattet und regionale Händler vermittelt. Nichtregionale Produkte, vor allem Haushaltswaren und Kleidung, kauft die S GmbH ein und stellt sie den Händlern als Kommissionsware zur Verfügung. Außerdem leitet sie elektronisch bei dem Lieferservice eingehende Bestellungen an den jeweils nächstgelegenen Regionalladen weiter; Auslieferung und Abrechnung übernehmen die Händler in eigener Regie. Diese verpflichten sich außerdem zu einheitlichen Öffnungszeiten und dazu, ausschließlich die Produkte der S GmbH und der angeschlossenen regionalen Händler zu vertreiben. S zeigt die Tätigkeit als „Beratungsunternehmen mit den Geschäftsfeldern Gemeinschaftsmarketing, Durchführung von Qualifizierungsmaßnahmen und Beratung in einzelbetrieblichen Kalkulations- und Marketingfragen“ an. Als die lokalen Zeitungen begeistert von diesem Konzept berichten, erhält die S GmbH die freundliche, aber bestimmte Aufforderung der zuständigen Gewerbeaufsichtsbehörde, auch den Betrieb von Einzelhandelsgeschäften und Internet-Lieferservice anzuzeigen. Durch das einheitliche Logo und Geschäftsmodell sowie die Kommissionsware trüge die S GmbH das wesentliche geschäftliche Risiko und sei daher als Gewerbetreibender anzusehen. Dies gelte erst recht für den nur über die Webseite und eine App erreichbaren Lieferservice. Die Kunden würden

natürlich annehmen, dass die S-GmbH selbst die Leistungen anbiete und nicht lediglich die Kontakte zu Dritten vermittle.

Ist die S zur Abgabe der angeforderten Gewerbeanzeige verpflichtet?

Aufgabe 2:

Weniger erfolgreich lassen sich zunächst die Rollenden Läden an, da sich keine Interessenten finden, die das wirtschaftliche Risiko tragen wollen. Immerhin muss man nicht nur Waren, sondern auch ein Fahrzeug kaufen. Daraufhin kauft die S GmbH selbst vier Fahrzeuge und stellt das entsprechende Verkaufspersonal ein. Bei der zuständigen Behörde beantragt sie die Erteilung einer Reisegewerbekarte „für den Betrieb Rollender Läden in der Region R“. Diese sollen nach einem festen Tourenplan bestimmte Stellen in der Region mindestens einmal wöchentlich anfahren und dort das Sortiment der S GmbH feilbieten. Den Antrag reicht S bei der örtlich zuständigen SGD Nord ein, die nach dem einschlägigen Landesrecht auch für sämtliche Angelegenheiten des Gewerberechts als einheitliche Stelle im Sinne von § 6b GewO benannt worden ist. Sie bittet zugleich darum, sie auf eventuell fehlende Unterlagen umgehend hinzuweisen. Als vier Monate ins Land gegangen waren und man weder von der SGD noch der zuständigen Behörde etwas gehört hat, schickt S ihre Fahrzeuge auf Tour.

Bei einer Verkehrskontrolle der Polizei in Mainz wird ein Fahrzeug der S-GmbH angetroffen, das von dem Angestellten A der S gefahren wurde. Es werden nicht

nur erhebliche Mängel am Kfz festgestellt, sondern auch Textilien beschlagnahmt, die sich als Fälschungen hochwertiger Designerprodukte herausstellen. Daraufhin untersagt ihr die Gewerbeaufsichtsbehörde den Betrieb der Rollenden Läden, gestützt auf § 59 GewO, wegen Unzuverlässigkeit. S wendet ein, dass sie von den Machenschaften des A nichts gewusst habe, der wohl sein Sortiment eigenmächtig um die gefälschte Designerware erweitert habe und arbeitsvertraglich auch für die Verkehrssicherheit des Fahrzeugs verantwortlich sei. Selbstverständlich habe man ihm sofort nach Erlass der Untersagungsverfügung fristlos gekündigt. A habe in Mainz auch kein Reisegewerbe ausgeübt, sondern lediglich an einem nach § 5 LMAMG festgesetzten Wochenmarkt teilgenommen.

Außerdem sei das Einschreiten schon deswegen rechtswidrig, weil sich die Behörde auf die falsche Rechtsgrundlage gestützt habe. Man habe einen ordnungsgemäßen Antrag gestellt, so dass sich die Behörde nicht auf ihre Untätigkeit berufen könne. Man könne daher allenfalls die Genehmigung zurücknehmen. Die Behörde entgegnet daraufhin, dass die nähere Nachprüfung ergeben habe, dass der Antrag zwar bei der SGD eingegangen sei, man ihn von dort aber nicht weitergeleitet habe. Das Fehlverhalten der SGD könne man ihr folglich nicht anlasten.

Im Übrigen sei aber schon deswegen keine Genehmigungsfiktion eingetreten, weil zum einen noch Unterlagen gefehlt hätten und zum anderen das beabsichtigte Geschäftsmodell ohnehin nicht genehmigungsbedürftig und

damit auch nicht genehmigungsfähig sei. Selbst wenn man vom Vorliegen einer Genehmigung ausgehe, erfasse diese die Fahrten nach Mainz nicht. Denn beantragt habe man nur eine räumlich beschränkte Erlaubnis für die Region R, zu der Mainz ganz offensichtlich nicht gehöre. Jedenfalls berechtigte dieser Verstoß zur Rücknahme der Erlaubnis.

War die Untersagung des Betriebes Rollender Läden rechtmäßig?

Aufgabe 3:

Die S GmbH bietet mit ihren „rollenden Läden" auf dem Mainzer Wochenmarkt nicht nur das Lebensmittelsortiment, sondern auch Suppen und andere kleinere Gerichte und Getränke aller Art, einschließlich der Weine ihres Sortiments, zum Verzehr an Ort und Stelle an. Dieser Markt ist ordnungsgemäß nach dem LMAMG festgesetzt. Über eine Reisegewerbekarte verfügt S nicht. Sie geht daher davon aus, dass man eine solche auch nicht benötigt.

Kann die Stadt Mainz die S GmbH von der Teilnahme an Wochenmärkten ausschließen, weil sie zum einen nicht über die erforderliche Reisegewerbekarte verfügt und zum anderen alkoholische Getränke angeboten hat?

Bearbeitervermerk:

Bei der Bearbeitung ist, gegebenenfalls in einem Hilfsgutachten, auf sämtliche aufgeworfenen Rechtsfragen einzugehen. Gehen Sie bei der Fallbearbeitung davon aus, dass das gesamte Sortiment der S GmbH (mit Ausnahme der

Haushaltwaren und Bekleidung) zu den Lebensmitteln im Sinne der einschlägigen Vorschriften gehört.

Marktordnung der Stadt K – Auszug

§ 4 Wochenmärkte

…

(3) Das Sortiment zulässiger Waren umfasst neben den sich aus § 5 Abs. 1 LMAMG ergebenden Waren und Lebensmitteln auch Haushaltswaren und Alltagskleidung.

Fall 4 Nahversorgung › Vorüberlegungen

Vorüberlegungen

97

Es handelt sich um einen mittelschweren Fall aus dem Gewerberecht, der in seinen drei Teilen klausurrelevante Standardkonstellationen aller drei Gewerbeformen abdeckt: Aufgabe 1 behandelt den Gewerbebegriff und die Aufforderung zur Gewerbeanzeige nach § 14 GewO, Aufgabe 2 befasst sich mit dem Einschreiten gegen das Reisegewerbe und der (Un-)Zuverlässigkeit. In der komplexeren Aufgabe 3 greifen dann Reise- und Marktgewerbe- sowie Gaststättenrecht ineinander. Der Fall konzentriert sich insgesamt auf die gewerberechtlichen Grundfragen, lässt sich aber prozessual und auch hinsichtlich allgemeiner verwaltungsrechtlicher Fragen leicht ausbauen. Aufgabe 2 behandelt die Anforderungen an die Begründung von Ermessensverwaltungsakten, insbes die Konsequenzen aus der Wahl einer falschen Rechtsgrundlage.

Fall 4 Nahversorgung › Gliederung

Gliederung

98

Aufgabe 1:		**Aufforderu zur Abgabe einer Gewerbeanz**
1.	Anzeigepflicht des Gewerbetreibenden	
	a)	Gewerbetreibender hinsichtlich der SOONAHE-Läden
	b)	Gewerbetreibender hinsichtlich des Lieferservices
2.	Ergebnis	
Aufgabe 2:		**Die Unterlassun des Betriebs der Rollenden Läden**
1.	Die gewählte Rechtsgrundlage	
	a)	Genehmigungsfiktion (§ 6a GewO)

	b)	Irrelevanz der Wahl der falschen Rechtsgrundlage bei vergleichbaren Ermessenserwägungen
	c)	Reisegewerbekartenfreiheit der Tätigkeit
	d)	Zwischenergebnis
2.	Unzuverlässigkeit	
3.	Ergebnis	

Aufgabe 3:			**Ausschluss von der Teilnahme am Wochenmar**
1.	Rechtmäßigkeit des Ausschlusses von der Teilnahme am Markt (§ 70a GewO)		
	a)	Keine Reisegewerbekartenpflicht für die Teilnahme am Wochenmarkt	
	b)	Besonderheiten bei Alkoholausschank	
2.	Ergebnis		

Lösung
Aufgabe 1 Aufforderung zur Abgabe einer Gewerbeanzeige
1. Anzeigepflicht des Gewerbetreibenden

99

Die Pflicht zur Abgabe einer Gewerbeanzeige[1] setzt voraus, dass derjenige, der sie abgeben soll, (selbst) ein Gewerbe betreibt. Gewerbetreibender kann auch eine juristische Person sein, im vorliegenden Fall also die S GmbH. Gewerbe ist jede erlaubte, auf Gewinnerzielung gerichtete, selbstständige und auf Dauer angelegte Tätigkeit, die nicht Urproduktion, freier Beruf oder die Verwaltung eigenen Vermögens ist[2]. Ohne weiteres handelt es sich beim Betrieb eines Einzelhandelsgeschäftes um eine erlaubte und auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit, es stellt sich jedoch die Frage, ob dieses von der S betrieben wird oder nicht doch die jeweiligen Inhaber der einzelnen Läden selbständige Gewerbetreibende sind, so dass sie zur Anzeige nach § 14 GewO verpflichtet wären.

a) Gewerbetreibender hinsichtlich der SOONAHE-Läden

100

Selbstständiger Gewerbetreibender ist derjenige, der weder Stellvertreter für Rechnung und im Namen einer anderen Person, noch als unselbstständiger Arbeitnehmer tätig ist. Jenseits der schwierigen und hier nicht einschlägigen Abgrenzung von der Scheinselbstständigkeit ist Selbstständigkeit dadurch geprägt, dass der Gewerbetreibende unternehmerische Chancen wahrnimmt und zugleich das Risiko trägt, indem er Warensortiment und Preise bestimmt, Öffnungszeiten festlegt und Arbeitnehmer einstellt. Demnach ist etwa der klassische Pächter selbst Gewerbetreibender[3]. Er nimmt die unternehmerischen Chancen wahr und trägt das unternehmerische Risiko, indem er das Warensortiment und damit dessen Qualität bestimmt, die Preise kalkuliert, die Öffnungszeiten festlegt, Personal nach eigenen Bedürfnissen einstellt usw. Dem entsprechen vorliegend die Tätigkeitsfelder der einzelnen Ladeninhaber. Dies spricht im vorliegenden Fall dafür, die S GmbH nicht als Gewerbetreibenden anzusehen, sondern als eine Art „Franchisegeber".

Anders wäre zu entscheiden, wenn der „Geschäftsführer" in eine fremde Arbeitsorganisation, zB in einen „Kettenladen" durch einen Agenturvertrag eingegliedert ist, ihm das

Geschäftslokal verpachtet wird, Richtlinien für den Vertrieb, eine Festlegung der Ladenöffnungszeiten und des Urlaubs sowie eine Eingliederung in die Absatzorganisation des Vertragspartners bezüglich Buchführung, Warenvertriebssystem und Preisgestaltung vorgegeben werden. An derartigen konkreten Vorgaben fehlt es aber im vorliegenden Fall.

b) Gewerbetreibender hinsichtlich des Lieferservices

101

Auch bezüglich des Lieferservices werden die Geschäfte auf Rechnung und wohl auch im Namen der einzelnen Unternehmen abgeschlossen. Hier ist die S daher erst recht nicht die Gewerbetreibende, sondern allenfalls die Stellvertreterin oder Botin im Zusammenhang mit den abgegebenen Erläuterungen. Allerdings erschließt sich dieses Vertretungsverhältnis den Nutzern der Website bzw der App nicht ohne weiteres. Diese machen sich jedoch wahrscheinlich auch wenig Gedanken zum Geschäftspartner („Geschäft für den es angeht“), so dass es keinen Anlass gibt, auf einen möglichen Rechtsschein einzugehen bzw. gewerbeaufsichtliche Maßnahmen gegenüber S in Betracht zu ziehen. Es werden insbes nicht die wahren Verhältnisse verschleiert[4].

2. Ergebnis

102

Damit betreibt die S GmbH nicht die entsprechenden Gewerbe und ist daher auch nicht zur Gewerbeanzeige verpflichtet. Die von ihr angebotenen Beratungs- und Serviceleistungen sind von der bereits bestehenden Gewerbeanzeige gedeckt. S ist damit nicht zur Abgabe der angeforderten Gewerbeanzeige verpflichtet.

Exkurs:

Gefragt war nur nach der Verpflichtung zur Abgabe einer Gewerbeanzeige. In der gewerberechtlichen Praxis erfolgt die Aufforderung zur Abgabe der Gewerbeanzeige durch Verwaltungsakt, der dann auch mittels Zwangsgeldern vollstreckt wird, die neben eventuell verhängte Bußgelder treten[5]. Die Nichtanzeige begründet im Übrigen nicht die Unzuverlässigkeit, so dass eine Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO nicht in Betracht käme[6].

Aufgabe 2: Die Unterlassung des Betriebs der Rollenden Läden

1. Die gewählte Rechtsgrundlage

103

Die Behörde hat den Betrieb der Rollenden Läden untersagt und sich daher für ein **Einschreiten nach § 59 iVm § 57 GewO** entschieden. Dies setzt allerdings voraus, dass das Gewerbe ohne die erforderliche Reisegewerbekarte betrieben wurde.

a) Genehmigungsfiktion (§ 6a GewO)

104

Zwar wurde keine Reisegewerbekarte ausdrücklich erteilt, es kommt aber eine Genehmigungsfiktion nach § 6a GewO in Betracht[7]: S hatte den entsprechenden Antrag bei der einheitlichen Stelle gestellt. Dies genügt, da über diese gem. § 6b GewO sämtliche Verfahren nach der GewO abgewickelt werden können. Da die Unterlagen vollständig waren und die Frist abgelaufen ist, liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 6a GewO vor. Die Genehmigungsfiktion entfaltet die gleiche Wirkung wie eine Genehmigung. S ist also so zu behandeln, als sei sie im Besitz einer Reisegewerbekarte. Darauf, dass die fingierte Reisegewerbekarte rechtswidrig ist, da überhaupt kein erlaubnispflichtiges Reisegewerbe vorliegt, kommt es nicht an, § 43 Abs. 2 VwVfG.

b) Irrelevanz der Wahl der falschen Rechtsgrundlage bei vergleichbaren Ermessenserwägungen

105

Die Behörde hat also mit § 59 GewO die falsche Rechtsgrundlage gewählt. Dies macht den Verwaltungsakt allerdings nicht ohne weiteres rechtswidrig[8]. Vielmehr kommt es im Ergebnis darauf an, ob die Behörde zutreffende Ermessenserwägungen angestellt hat. Um dies zu beurteilen, ist zunächst zu prüfen, wie die Behörde hätte vorgehen müssen: Wenn eine Reisegewerbekarte vorliegt, ist diese zunächst zurückzunehmen und erst dann gegen das Gewerbe einzuschreiten. Da die „fingierte“ Genehmigung genauso zu behandeln ist wie eine behördlich erteilte, gilt hier nichts Anderes. Allerdings wird gerade bei der fingierten Genehmigung eine konkludente Aufhebung für möglich gehalten. Jedenfalls dann, wenn die Behörde davon ausgeht, dass eine Genehmigung überhaupt nicht vorlag, sollte man die konkludente Aufhebung nicht am fehlenden Aufhebungswillen scheitern lassen[9].

Die getroffene Maßnahme ist jedoch nur dann rechtswidrig, wenn die tatsächlich angestellten Ermessenserwägungen unzutreffend gewesen wären. Auch eine erteilte Genehmigung kann unter den gleichen Voraussetzungen zurückgenommen

werden, da § 59 ja gerade auf den Versagungsgrund des § 57 GewO verweist[10]. Weitere Ermessenserwägungen wären nur anzustellen, wenn bei der Rücknahme auch Vertrauensschutzgesichtspunkte eine Rolle spielen würden, die gem. § 48 VwVfG auch bei rechtswidrigen Verwaltungsakten in Betracht kommen.

c) Reisegewerbekartenfreiheit der Tätigkeit

106

Allerdings könnte eine Besonderheit des Falles darin liegen, dass überhaupt keine Genehmigung erforderlich war. Es könnte sich um einen „rollenden Laden“ gehandelt haben, der gem. § 55a Abs. 1 Nr. 9 GewO keiner Reisegewerbekarte bedarf[11]: Inhaltlich erstreckt sich die Privilegierung nur auf den Vertrieb von Lebensmitteln und anderen Waren des täglichen Bedarfs. Der Vertrieb umfasst nach der Legaldefinition in § 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO sowohl das Feilbieten von Waren als auch das Aufsuchen von Bestellungen von Waren. Lebensmittel sind insbes Produkte des Obst- und Gemüseanbaus, der Land- und Forstwirtschaft und der Fischerei sowie rohe Naturerzeugnisse[12]. Weil das Verbot des § 56 Abs. 1 Nr. 3b GewO nach Nr. 9 letzter Hs. keine Anwendung findet, dürfen auch Alkoholika jeglicher Art feilgeboten werden[13]. Hinzu kommen Waren des täglichen Bedarfs, die man typischerweise in einem Supermarkt finden würde. Dies können etwa Kurzwaren, Reinigungs- und Putzmittel, Kleintextilien und kleinere Gartengeräte sein[14]. Zur Definition der Waren des täglichen Bedarfs verweist die Gesetzesbegründung auf die Wochenmarktartikel nach § 67 Abs. 2 GewO. Nach § 67 Abs. 2 GewO können die Landesregierungen zur Anpassung an die

wirtschaftliche Entwicklung und die örtlichen Bedürfnisse der Verbraucher durch Rechtsverordnung den Kreis der Waren des täglichen Bedarfs bestimmen[15]. Die Artikel der Marktordnung der Stadt K decken sich hier mit dem Angebot der S. Aufgrund dieser gesetzlich angeordneten Systematik genießt die S hier die Privilegierung des § 55a Abs. 1 Nr. 9 GewO. Sie bedurfte daher keiner Genehmigung.

d) Zwischenergebnis

107

Für das Ergebnis wurde dieser Fehler aber gerade nicht relevant. Vielmehr hat die Behörde sich ja gerade auf die Vorschrift gestützt, die anzuwenden gewesen wäre, wenn es nicht zu der (fingierten) Genehmigung gekommen wäre. Das Einschreiten hätte also tatsächlich wie geschehen nach § 59 iVm § 57 GewO erfolgen müssen. Es wurde lediglich die entgegenstehende Genehmigung nicht aufgehoben, die nach § 6a GewO fingiert wurde, aber ihrerseits rechtswidrig war, weil es sich um eine reisegewerbekartenfreie Tätigkeit gehandelt hat.

2. Unzuverlässigkeit

108

Zu prüfen ist daher, inwieweit S unzuverlässig im Sinne von § 57 GewO gewesen ist. Die Unzuverlässigkeit des A ist infolge des Verkaufs verbotener Produkte zu bejahen. Es erscheint jedoch problematisch, ob dieses Verhalten der S zugerechnet werden kann. In jedem Fall zurechenbar ist das Verhalten von Vertretungsberechtigten bzw Betriebsleitern. Gegen diese kann nach § 59 iVm § 35 Abs. 7a GewO[16] ein eigenes Untersagungsverfahren durchgeführt werden, das allerdings akzessorisch zum Hauptverfahren ist und somit eine Untersagung gegen den Gewerbetreibenden voraussetzt. Bei sonstigen Dritten erfolgt keine unmittelbare Zurechnung deren Verhaltens; es kann sich jedoch die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden selbst daraus ergeben, dass er einem unzuverlässigen Dritten maßgeblichen Einfluss einräumt und nicht willens oder in der Lage ist, diesen Einfluss auszuschalten. Dies wird man hier in Person des A bejahen können. Die Entlassung des A könnte zwar aufgrund des Charakters der Untersagung aufgrund von Unzuverlässigkeit als Prognoseentscheidung begünstigend für die S berücksichtigt werden. Da es sich bei der Gewerbeuntersagung um einen Dauerverwaltungsakt handelt, wäre diese begünstigende Tatsache auch relevant. Allerdings verweist § 59 GewO auf

§ 35 Abs. 6 GewO, der ein Gestattungsverfahren vorsieht. Maßgeblicher Zeitpunkt der Beurteilung der Unzuverlässigkeit ist daher die letzte Behördenentscheidung (hier der Erlass der Untersagungsverfügung), nicht die letzte mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht. Die Entlassung des A ist bei Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Untersagung somit nicht mehr zu berücksichtigen[17].

3. Ergebnis

109

Da für Ermessensfehler keine Anzeichen vorliegen, konnte die Behörde grundsätzlich aufgrund von § 59 iVm § 57 GewO die Untersagung verfügen. Im Ergebnis war die Maßnahme daher rechtmäßig.

Aufgabe 3: Ausschluss von der Teilnahme am Wochenmarkt

1. Rechtmäßigkeit des Ausschlusses von der Teilnahme am Markt (§ 70a GewO)

110

S wurde wegen fehlender Reisegewerbekarte und des Anbietens alkoholischer Getränke von der Teilnahme am Wochenmarkt ausgeschlossen. Die Rechtsgrundlage für einen solchen Ausschluss ist § 70a GewO oder die entsprechende landesrechtliche Bestimmung[18].

a) Keine Reisegewerbekartenpflicht für die Teilnahme am Wochenmarkt

111

Wer eine erforderliche (gewerbebezogene) Erlaubnis nicht einholt, ist grundsätzlich unzuverlässig. Allerdings stellt sich die Frage, ob hier eine solche Erlaubnis überhaupt erforderlich ist. Schon aufgrund der Systematik der GewO hat die Festsetzung einer Veranstaltung ua zur Folge, dass die Vorschriften des Titels III keine Anwendung finden. Danach entfällt bei einer Teilnahme an einem nach Titel IV festgesetzten Markt die Reisegewerbekartenpflicht[19].

Hinweis:

Sofern das Marktrecht des Titel IV wie in Rheinland-Pfalz durch ein Landesmarktgesetz ersetzt wird, stellt sich außerdem die Frage, welche Konsequenzen das auf das Verhältnis von Markt- und Reisegewerbe hat. Ginge man davon aus, dass ein Landesmarktgesetz die Anwendbarkeit des Titels III der GewO nicht sperren kann, läge ein Fall des Reisegewerbes vor. Allerdings ist zu berücksichtigen, dass aufgrund der Föderalismusreform das bisher „einfachgesetzliche Trennungsprinzip“ der GewO „Verfassungsrang“ erhielt. Indem es nunmehr über die Gesetzgebungskompetenz entscheidet, sollte es damit sicherlich nicht seiner praktischen Bedeutung beraubt werden. Für diese Auffassung sprechen aber vor

allem systematische Gründe. Das Marktrecht ist gerade keine Spezialform des Reisegewerbes, sondern eine eigenständige Form der Gewerbeausübung. Auch die Schutzbedürfnisse unterscheiden sich. Wer den Markt gezielt aufsucht, rechnet mit der Kontaktaufnahme durch die Gewerbetreibenden. Daher bedarf im Ergebnis auch die Teilnahme an landesrechtlich festgesetzten Märkten keiner Reisegewerbekarte[20].

b) Besonderheiten bei Alkoholausschank

112

Die Reisegewerbefreiheit gilt allerdings für gaststättenspezifische Leistungen nur eingeschränkt. Speisen und alkoholfreie Getränke können zum Verzehr an Ort und Stelle auf festgesetzten Märkten nach § 18 Abs. 1 S. 1 LMAMG (§ 68a GewO) ohne Reisegewerbekarte angeboten werden; in den anderen Fällen, also vor allem für den Alkoholausschank, gelten nach Satz 2 die allgemeinen (gaststättenrechtlichen) Vorschriften[21]. Allerdings erscheint es unverhältnismäßig wegen des Alkoholausschanks die Teilnahme am Markt zu untersagen; es würde genügen auf das Erfordernis einer gaststättenrechtlichen Erlaubnis oder einer Gestattung (§ 12 GastG) hinzuweisen und allenfalls (vorübergehend) das Sortiment entsprechend zu begrenzen.

2. Ergebnis

113

Im Ergebnis war der Ausschluss vom Wochenmarkt daher rechtswidrig.

Anmerkungen

[1]

Zu den hier nicht relevanten prozessualen Fragen *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Rn 276 f.

[2]

So oder ähnlich die allgemeine Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, vgl BVerwG, NJW 1977, 772; *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Rn 214 ff jeweils mwN. S. zu Personengesellschaften als Gewerbetreibende *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, 4. Aufl 2015, Rn 265 ff.

[3]

Marcks, in: Landmann/Rohmer, GewO § 14 Rn 54.

[4]

Zu diesem Kernanliegen der „Strohmannproblematik“ *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Rn 236. Im Ergebnis spielt die „Strohmannproblematik“ daher nur bei § 35 GewO eine Rolle.

[5]

Dazu näher *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Rn 276 f.

[6]

Ruthig, in: Ruthig/Storr, Rn 255.

[7]

Näher dazu *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Rn 268; *Storr*, in: Pielow, GewO § 6a, Rn 14.

[8]

BVerwG, NVwZ 1990, 673.

[9]

Vgl allgemein *Kopp/Ramsauer,* VwVfG § 48 Rn 29 Fn 70; enger (konkludente Aufhebung nur, wenn sich die Behörde der fingierten Genehmigung bewusst ist, *U. Stelkens,* in: Stelkens/Bonk/Sachs, § 42a Rn 60; OVG Münster, NVwZ 1993, 76. Die Genehmigungsfiktion beruht auf der Dienstleistungsrichtlinie, aus der sich jedoch keine Anforderungen an die Aufrechterhaltung „rechtswidrig fingierter" Genehmigungen ergeben, vgl *U. Stelkens,* aaO Rn 62; aA *Comils,* in: Schlachter/Ohler, Dienstleistungsrichtlinie, Art. 13 Rn 27; *Ziekow,* WiVerw 2008, 176, 187. Dies gilt umso mehr, wenn eine Genehmigung tatsächlich nicht erforderlich ist.

[10]

Allgemein zu dieser Problematik *Schulz*, in: Mann/ Sennekamp/Uechtritz, VwVfG, § 47 Rn 23.

[11]

Dazu auch *Ruthig*, in: Ruthig/Storr Rn 346 f.

[12]

Die Gesetzesbegründung verweist auf § 1 LMBG, vgl *Schönleiter*, in: Landmann/Rohmer, GewO § 55a Rn 58; vgl OVG Münster, GewArch 1987, 59. Allerdings ist das LMBG im Jahre 2005 durch das LFGB ersetzt worden. Maßgeblich ist deshalb nunmehr § 2 Abs. 2 LFGB, der seinerseits auf die Definition in Art 2 VO (EG) 178/2002 verweist.

[13]

Rossi, in: Pielow, GewO § 55a Rn 20.

[14]

Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO § 55a Rn 58. Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucks 10/1125, S. 11) sollen die rollenden Läden gerade solche typischen Versorgungsfunktionen übernehmen.

[15]

S. zu Beispielen aaO § 67 Rn 22.

[16]

Dazu *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Rn 300 ff.

[17]

Näher dazu *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Rn 289 ff; *Brüning*, in: Pielow, GewO § 35, Rn 59; *Schenke*, GewArch 2015, 473.

[18]

Eine solche Vorschrift existiert derzeit nur in Rheinland-Pfalz. Dort ist daher an Stelle der GewO (ohne sachliche Änderungen) § 16 Abs. 1 LMAMG; vgl dazu *Ruthig*, in: Hendler/Hufen/Jutzi, Landesrecht RP § 6 Rn 10 f. Zum Verhältnis zwischen § 70a GewO und §§ 35, 59 GewO vgl näher *Storr*, in: Pielow, GewO § 70a, Rn 14 ff.

[19]

Ruthig, in: Ruthig/Storr, Rn 369 mwN.

[20]

Dazu näher *Ruthig*, in: Ruthig/Storr, Rn 349 mwN; zum gegenteiligen Ergebnis gelangt *Bickenbach*, LKRZ 2014, 265, 268.

[21]

Vgl dazu näher *Storr*, in: Pielow, GewO, § 68a Rn 14 ff. Nach § 1 Abs. 2 GastG unterliegt der Alkoholausschank im Reisegewerbe weiterhin dem GastG, s bereits *Metzner*, GastG § 1 Rn 140. In Rheinland-Pfalz gilt das GastG fort, in den anderen Bundesländern ist an dieser Stelle das jeweilige LGastG heranzuziehen.

Fall 5 Maximale Sicherheit

Inhaltsverzeichnis
Vorüberlegungen
Gliederung
Lösung
114

1. Teil

Die in Dublin nach irischem Recht gegründete und als rechtsfähige Gesellschaft ordnungsgemäß registrierte „Maximum Safety Private Company Limited by Shares“ (MS Ltd.) sieht in Deutschland glänzende Geschäftsaussichten für den Schutz von Juwelier- und Handygeschäften vor Ladendiebstählen und hat deshalb ihr Geschäftsgebiet auf Deutschland ausgedehnt. Sie hat im Jahr 2013 Geschäftsräume in der rheinland-pfälzischen kreisfreien Stadt S gemietet und lässt die Zweigniederlassung durch den angestellten deutschen Betriebsleiter B führen. 20 festangestellte Mitarbeiter der MS Ltd. betätigen sich im hochdotierten Auftrag interessierter Geschäftsinhaber als Ladendetektive, die in den Geschäften unauffällig die Kundschaft beobachten und im Fall eines Ladendiebstahls nach der vollendeten Wegnahme von Gegenständen und nach Passieren der Kassenzone den Dieb ansprechen.

Durch das Finanzamt erfährt die Stadtverwaltung von S

im Dezember 2016, dass die MS Ltd. seit zwei Jahren die Lohnsteuer für die Beschäftigten nicht abgeführt hat. Insgesamt belaufen sich die Steuerschulden auf 350 000 €. Bei der Prüfung des Vorgangs stellt die Stadtverwaltung mit Entsetzen fest, dass die MS Ltd. für ihre Tätigkeit zu keinem Zeitpunkt eine Genehmigung beantragt hat. Die Stadtverwaltung leitet daraufhin ein Untersagungsverfahren ein und fordert die MS Ltd. zur Stellungnahme auf. Die MS Ltd. trägt durch einen Anwalt vor, die Art ihrer Tätigkeit in S sei nicht genehmigungspflichtig. Sie sei in Irland als Bewachungsunternehmen registriert. Eine weitere Erlaubnispflicht in Deutschland sei mit den Grundfreiheiten des Unionsrechts nicht zu vereinbaren, weshalb sie einen Erlaubnisantrag nicht gestellt habe und nicht stellen werde. Wegen der steuerlichen Angelegenheiten möge man sich direkt an B wenden, da dieser aufgrund der Regelungen seines Anstellungsvertrages – was zutrifft – für die korrekte Abführung der Lohnsteuer verantwortlich gewesen sei.

Die Behörde untersagt durch Bescheid vom 14. Februar 2017 der MS Ltd. gestützt auf § 15 Abs. 2 GewO die Fortsetzung des Betriebs und ordnet die sofortige Vollziehung der Verfügung an. Die MS Ltd. habe das Bewachungsgewerbe ohne die erforderliche Erlaubnis betrieben und zeige sich hinsichtlich der Erlaubnispflicht nach wie vor uneinsichtig. In Anbetracht der Uneinsichtigkeit der MS Ltd. bestehe kein anerkennenswertes Interesse an der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs.

Die MS Ltd. will gegen die Verfügung vom 14. Februar

gerichtlich vorgehen. Auf welchem Weg und mit welchen Erfolgsaussichten?

2. Teil

Zudem leitet die Stadtverwaltung gegen die MS Ltd. ein auf § 35 GewO gestütztes Untersagungsverfahren ein mit dem Ziel, die weitere Beschäftigung des B als Betriebsleiter zu unterbinden. Parallel leitet sie ein Verfahren gegen B ein. Am 16. Februar 2017 ergeht ein an B gerichteter Bescheid, nachdem ihm Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wurde. Mit der Verfügung wird B jede Tätigkeit als Leiter eines Betriebs und jede Tätigkeit als selbstständiger Gewerbetreibender für das Bewachungsgewerbe oder ein anderes Gewerbe iSv § 35 GewO untersagt. Wegen der steuerlichen Verfehlungen müssten künftige Betriebsleitungen durch B verhindert werden. Andererseits sei nicht auszuschließen, dass B versuchen werde, in die Selbstständigkeit auszuweichen. Deshalb müssten derartige Tätigkeiten des B vorsorglich unterbunden werden. Im Verfahren gegen die MS Ltd. ergeht hingegen zunächst kein Bescheid.

B fragt den Anwalt R, ob der Bescheid vom 16. Februar rechtmäßig ist.

Bearbeitervermerk:

Unionales Sekundärrecht, insb. die Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen vom 7.9.2005, ist nicht zu prüfen.

Vorüberlegungen

115

Die zweiteilige Klausur ist sehr anspruchsvoll. Der erste Teil ist prozessual in einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eingekleidet. Hier muss erkannt werden, dass ein Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO schon dann erfolgreich ist, wenn die formellen Voraussetzungen einer Vollziehungsanordnung nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO nicht vorliegen. Das Schwergewicht des 1. Teils liegt allerdings im materiellen Recht. Während von den Bearbeiter/innen nicht mehr als Grundkenntnisse zum Tatbestand des genehmigungsbedürftigen Bewachungsgewerbes verlangt werden, ist das Genehmigungserfordernis an den unionalen Grundfreiheiten, hier: der Niederlassungsfreiheit, zu messen. Die Grundfreiheiten bleiben jedenfalls solange maßstäblich, wie der europäische Gesetzgeber nicht die Zugangsvoraussetzungen zu bestimmten Gewerben sekundärrechtlich harmonisiert – wie dies beispielsweise mit der Dienstleistungsrichtlinie (RL 2006/123/EG) geschehen ist, die nach Art. 2 Abs. 2 lit. k allerdings nicht für das private Sicherheitsgewerbe gilt. Bislang wurde mit der Richtlinie 2005/36/EG erst ein System der wechselseitigen Anerkennung von Befähigungsnachweisen geschaffen, aber an mitgliedstaatlichen Genehmigungserfordernissen nicht gerüttelt.

Der 2. Teil der Klausur ist vor allem eine „Knobelarbeit“, die Sorgfalt und Genauigkeit verlangt. Zu prüfen sind mehrere auf § 35 Abs. 7a GewO gestützte Verfügungen, die – der Praxis entsprechend – in einem formellen Verwaltungsakt zusammengefasst sind. Hier muss zunächst ermittelt werden, welche Ermächtigungsgrundlage für die jeweils dem Betriebsleiter untersagte Tätigkeit verfügbar ist. Dabei ergeben sich im Zusammenspiel von § 35 Abs. 7a und Abs. 1 S. 1 und 2 GewO die verschiedensten Kombinationsmöglichkeiten. Des Weiteren muss herausgearbeitet werden, in welchem Verhältnis ein Einschreiten gegen den Betriebsleiter zu einer Untersagung gegenüber dem Gewerbetreibenden steht (personelle Akzessorietät). Zudem muss das Verhältnis der verschiedenen Untersagungen gegenüber dem Betriebsleiter (sachliche Akzessorietät) bestimmt werden.

Fall 5 Maximale Sicherheit › Gliederung

Gliederung

116

1. Teil:		**Vorgehen der MS Ltd. gegen den sofort vollziehbaren Bescheid**	
A.	Zulässigkeit eines Antrags nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO		
	I.	Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs	
	II.	Statthafte Rechtsschutzform	
	III.	Beteiligungsfähigkeit der MS Ltd.	
	IV.	Antragsbefugnis	
	V.	Einlegung eines Widerspruchs	
	VI.	Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis	
B.	Begründetheit eines Antrags nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO		
	I.	Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung	
		1.	Zuständige Behörde
		2.	Verfahren
		3.	Form
	II.	Interessenabwägung	

		1.	Ermächtigungsgrundlage		
		2.	Formelle Rechtmäßigkeit		
			a)	Zuständigkeit	
			b)	Verfahren	
			c)	Form	
		3.	Materielle Rechtmäßigkeit		
			a)	Tatbestandliche Voraussetzungen	
			b)	Erlaubnisfreiheit wegen Niederlassungsfreihei	
				aa)	Form
				bb)	Schutzbere der Niederlass
				cc)	Eingriff in die Niederlass
				dd)	Rechtfertig der Beschränk
			c)	Ermessen	

		4.	Besonderes öffentliches Vollzugsinteresse
		5.	Ergebnis
C.	Gesamtergebnis zum 1. Teil		
2. Teil:		**Rechtmäßigkeit des an B gerichteten Bescheids**	
A.	Ermächtigungsgrundlage		
B.	Formelle Rechtmäßigkeit		
	I.	Zuständigkeit	
	II.	Verfahren	
	III.	Form	
C.	Materielle Rechtmäßigkeit		
	I.	Einleitung eines Verfahrens gegen die MS Ltd.	
	II.	B als mit der Leitung des Betriebs beauftragte Person	
	III.	Akzessorietät hinsichtlich der untersagten Tätigkeiten	
	IV.	Unzuverlässigkeit des B im Hinblick auf die untersagten Tätigkeiten	
	V.	Erforderlichkeit	
	VI.	Ermessen	

D.	Gesamtergebnis zum 2. Teil

Lösung
1. Teil: Vorgehen der MS Ltd gegen den sofort vollziehbaren Bescheid

117

Die MS Ltd. kann gegen die Untersagung Widerspruch einlegen. Zur Fortführung ihres Bewachungsunternehmens während des Rechtsstreits und zur Vermeidung der auf die Verfügung gestützten sofortigen Verwaltungsvollstreckung wird die MS Ltd. aber zusätzlich einen Antrag beim zuständigen Verwaltungsgericht nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihres Widerspruchs stellen. Ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung hat Aussicht auf Erfolg, soweit er zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit eines Antrags nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO

Ein Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO ist zulässig, soweit alle Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

118

Für einen Antrag beim Verwaltungsgericht auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes muss der Verwaltungsrechtsweg eröffnet sein. Da aufdrängende Sonderzuweisungen nicht ersichtlich sind, richtet sich dies nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Hierzu müsste eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegen. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn die streitentscheidenden Normen solche des öffentlichen Rechts sind. Normen des öffentlichen Rechts ermächtigen oder verpflichten ausschließlich Hoheitsträger als solche. Hier wird um die Rechtmäßigkeit einer Untersagung nach § 15 Abs. 2 GewO und damit um eine Norm gestritten, die einseitig einen Träger staatlicher Gewalt als solchen berechtigt. Da zudem mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit eine Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt und keine abdrängenden Zuweisungen ersichtlich sind, ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet.

II. Statthafte Rechtsschutzform

119

Die statthafte Rechtsschutzform richtet sich nach dem Begehren des Antragstellers (§§ 88, 122 Abs. 1 VwGO). Ein Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO ist statthaft, wenn es der MS Ltd. um die Anordnung bzw Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs geht, mithin in der Hauptsache die Anfechtungsklage statthaft wäre (§ 123 Abs. 5 VwGO). Die Fortsetzungsuntersagung nach § 15 Abs. 2 GewO, durch die der MS Ltd. der weitere Betrieb untersagt wird, weist alle Merkmale eines Verwaltungsaktes iSd § 35 S. 1 VwVfG auf. Folglich ist ein Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO statthaft.

Da die Behörde die sofortige Vollziehung angeordnet hat (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO), kommt dem Widerspruch gegen die Verfügung keine aufschiebende Wirkung zu. Daher ist der Antrag auf die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO gerichtet.

III. Beteiligungsfähigkeit der MS Ltd

120

Die MS Ltd. ist im vorläufigen Verfahren vor dem Verwaltungsgericht nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligungsfähig und analog § 63 Nr. 1 VwGO Antragstellerin.

Exkurs:

Die für § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO maßgebliche Rechtsfähigkeit der in Irland gegründeten MS Ltd. steht hier nicht in Frage. Bei natürlichen Personen ist die Rechtsfähigkeit nach dem Herkunftsstaat maßgeblich (Art. 7 EGBGB) [1]. Für juristische Personen ist auf das Gesellschaftsstatut abzustellen[2]. Wenn ein Unternehmen, das – wie die MS Ltd. – im Herkunftsstaat seinen effektiven Verwaltungssitz hat und nach seinem Gesellschaftsstatut rechtswirksam errichtet wurde, in Deutschland eine Zweigniederlassung gründet und damit sein Tätigkeitsgebiet ausdehnt, ist es auch in Deutschland rechtsfähig[3]. Europarechtlich umstritten waren hingegen die Konstellationen, in denen ein Unternehmen zu einem späteren Zeitpunkt vorwiegend oder ausschließlich in einen anderen Mitgliedstaat als dem Herkunftsstaat seine Geschäftstätigkeit erbringt (Sitzverlagerung) oder von vornherein nach der Gründung ausschließlich in einem anderen Mitgliedstaat tätig ist (sog. Scheinauslandsgesellschaften). Die im deutschen Internationalen Gesellschaftsrecht traditionell zugrunde gelegte

Sitztheorie, welche eine Begründung der Rechtsfähigkeit für den tatsächlichen Verwaltungssitz durch Neugründung verlangte, ist mit der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV nicht zu vereinbaren[4]. Gegenüber zuziehenden Unternehmen aus Drittstaaten – dh solchen, die weder der EU noch dem EWR angehören – kommt aber weiter die Sitztheorie zur Anwendung mit der Folge des Gebots einer Neugründung zur Herstellung der Rechtsfähigkeit. Allerdings verschafft der BGH diesen Unternehmen insofern Erleichterungen, als sie zumindest nach den für die OHG und KG (§§ 124, 161 Abs. 2 HGB) oder die GbR[5] geltenden Grundsätzen rechts- und parteifähig sind[6]. Wegen der insoweit bestehenden vollen Parteifähigkeit sind Unternehmen aus Drittstaaten mit tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO beteiligungsfähig[7].

IV. Antragsbefugnis

121

Die MS Ltd. müsste analog § 42 Abs. 2 VwGO antragsbefugt sein. Hierzu muss sie geltend machen können, durch die sofortige Vollziehbarkeit der Fortsetzungsuntersagung in ihren Rechten verletzt zu sein. Grundsätzlich kann die MS Ltd. eine mögliche Verletzung von § 1 Abs. 1 GewO geltend machen. § 1 Abs. 1 GewO gestattet „jedermann" den Betrieb eines Gewerbes und damit auch juristischen Personen[8]. Dass die MS Ltd. eine Gesellschaft irischen Rechts ist, ändert hieran nichts, denn auch ausländische juristische Personen sind jedermann iSv § 1 Abs. 1 GewO.

Die Untersagung der Fortsetzung des Betriebs nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO hindert die MS Ltd. daran, den Betrieb ihres Gewerbes ungestört fortzusetzen. Es liegt ein Eingriff in die Gewerbefreiheit vor, der möglicherweise rechtswidrig ist.

Exkurs:

Sollte unter Verkennung des Anwendungsvorrangs des einfachen Rechts zur Begründung der Antragsbefugnis auf Art. 12 Abs. 1 GG abgestellt werden, bedürfte es der Erörterung der Frage, ob Art. 19 Abs. 3 GG erweiternd auf juristische Personen mit Aktionszentrum in einem anderen EU-Staat anzuwenden ist. Dies hat das BVerfG in seinem Grundsatzbeschluss vom 19.7.2011 zu Recht bejaht, sofern

das staatliche Handeln ein Tätigwerden im Anwendungsbereich des EU-Rechts betrifft[9]. Sieht man mit dem BVerfG die für die teleologische Erweiterung des Grundrechtsschutzes maßgebliche Diskriminierung im Vorenthalten des spezifischen Rechtsbehelfs der Verfassungsbeschwerde, so erfasst die Erstreckung des Grundrechtsschutzes auf EU-Unternehmen auch die sog. Deutschengrundrechte und damit auch Art. 12 Abs. 1 GG. Fraglich ist, ob es einer gesonderten Diskussion des „Deutschen"-Begriffs in Art. 12 Abs. 1 GG bedarf. Dagegen spricht, dass Unternehmen keine Staats*an*gehörigkeit, sondern allenfalls eine Staats*zu*gehörigkeit haben. Diese bestimmt sich im Übrigen nicht nach der Staatsangehörigkeit der sie beherrschenden Mitglieder, sondern nach dem Verwaltungssitz der Vereinigung in Deutschland bzw. in einem EU-Mitgliedstaat[10]. Gleichwohl hat die 3. Kammer des 2. Senats des BVerfG jüngst die Berufungsfähigkeit von EU-Unternehmen auf Art. 12 GG angezweifelt: In Anbetracht seines eindeutigen Wortlautes könnte eine unionsrechtskonforme Erweiterung des Art. 12 GG auf EU-Unternehmen die Wortlautgrenze übersteigen und zu einer Auslegung *contra legem* führen. Die Kammer tendiert offenbar dazu, stattdessen im Wege unionsrechtskonformer Auslegung von Art. 2 Abs. 1 GG EU-Unternehmen den von Art. 12 GG gewährleisteten Schutz zuteilwerden zu lassen[11].

Die mögliche Rechtsverletzung durch die sofortige Vollziehbarkeit fällt jedenfalls beim Adressaten der Verfügung

mit derjenigen zusammen, die aus dem belastenden Verwaltungsakt selbst resultieren kann. Da die Untersagung der Fortsetzung des Betriebs die MS Ltd. in ihrer Gewerbefreiheit nach § 1 GewO verletzen kann, ist sie auch hinsichtlich der sofortigen Vollziehbarkeit möglicherweise in ihren Rechten verletzt.

Hinweis:

Es ist genauer, wenn im Rahmen der Antragsbefugnis darauf abgestellt wird, ob der Antragsteller durch die sofortige Vollziehbarkeit des Verwaltungsakts in seinen Rechten verletzt wird. Allerdings lassen sich eine Rechtsverletzung durch den Verwaltungsakt und diejenige durch dessen Vollzug praktisch kaum trennen. Aus diesem Grund wird im Hinblick auf die Akzessorietät des vorläufigen Rechtsschutzes die Antragsbefugnis entsprechend § 42 Abs. 2 VwGO bejaht, wenn im Hauptsacheverfahren die Klagebefugnis wegen der Möglichkeit einer Rechtsverletzung besteht[12].

V. Einlegung eines Widerspruchs

122

Nach § 80 Abs. 5 S. 2 VwGO ist der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung bereits vor Erhebung der Anfechtungsklage zulässig. Allerdings muss spätestens mit dem Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO ein fristgerechter Widerspruch eingelegt werden, dessen aufschiebende Wirkung wiederhergestellt werden soll[13]. Diese Sachentscheidungsvoraussetzung muss die MS Ltd. erfüllen.

Hinweis:

Eine andere Ansicht ist mit dem Argument vertretbar, das Gebot eines zumindest gleichzeitigen Widerspruchs sei wegen der hiermit verbundenen Verkürzung der Rechtsbehelfsfristen im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG problematisch[14]. Allerdings darf auch nach dieser Ansicht der Verwaltungsakt noch nicht bestandskräftig geworden sein.

VI. Allgemeines Rechtsschutzbedürfnis

123

Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis könnte zu verneinen sein, wenn die MS Ltd. zunächst gemäß § 80 Abs. 4 VwGO einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung an die Behörde stellen müsste. Jedoch normiert § 80 Abs. 6 S. 1 VwGO abschließend die Fälle, in denen zunächst die Behörde angerufen werden muss.

Ein Antrag der MS Ltd. auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wäre demgemäß zulässig.

B. Begründetheit eines Antrags nach § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO

124

Ein Antrag nach § 80 Abs. 5 S. 1 Alt. 2 VwGO auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist begründet, soweit die Voraussetzungen für die Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht vorliegen (I.) oder das Vollzugsinteresse der Stadtverwaltung S das Interesse des MS Ltd. an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nicht überwiegt (II.).

I. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung

1. Zuständige Behörde

125

Die Stadtverwaltung müsste für die Anordnung der sofortigen Vollziehung zuständig gewesen sein. Nach § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO ist die Behörde zuständig, die auch den Ausgangsbescheid erlassen hat. Die Stadtverwaltung verfügte die Fortsetzungsuntersagung und ordnete die sofortige Vollziehung an. Sie war somit zuständig.

2. Verfahren

126

Fraglich ist, ob es vor der Anordnung der sofortigen Vollziehung einer besonderen Anhörung gemäß § 28 Abs. 1 VwVfG bedarf, da die MS Ltd. ausdrücklich nur zu der Untersagung angehört wurde. Eine Anhörung wäre erforderlich, wenn es sich bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung um einen Verwaltungsakt handelt. Dagegen spricht, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung nur einen unselbstständigen Annex zu einem Verwaltungsakt, eine Nebenentscheidung, darstellt[15]. Auch eine analoge Anwendung von § 28 Abs. 1 VwVfG scheidet mangels Regelungslücke aus, da § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 und Abs. 3 VwGO die formellen Anforderungen an die Vollziehbarkeitsanordnung abschließend regeln. Zudem bestehen für ein Vorgehen gegen die Vollziehungsanordnung keine Fristen und sie ist keiner Bestandskraft fähig, so dass kein Bedürfnis für eine Vorverlagerung des Rechtsschutzes besteht[16].

Trotz fehlender Analogievoraussetzungen stellt sich die Frage, ob sich ein Anhörungsgebot unmittelbar aus dem Grundsatz der Gewährung rechtlichen Gehörs als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips nach Art. 20 Abs. 3 GG herleiten ließe[17]. Insbesondere im vorliegenden Fall könnte dies damit zu begründen sein, dass eine Anhörung zu der Untersagung nach

§ 15 Abs. 2 GewO erfolgt ist und – unter Zugrundelegung einer lebensnahen Sachverhaltsauslegung – die Behörde zu diesem Zeitpunkt zumindest in Erwägung gezogen haben muss, die sofortige Vollziehung anzuordnen. Es wäre somit ohne weiteres möglich und zumutbar gewesen, die MS Ltd. auf diese Erwägung hinzuweisen. Jedoch ist hiergegen einzuwenden, dass das Gebot rechtlichen Gehörs nicht absolut gewährleistet wird, sondern Durchbrechungen kennt, wie § 28 Abs. 2 und 3 VwVfG erweisen. Rechtsstaatlichen Grundsätzen wird dadurch genügt, dass dem Betroffenen vorläufiger Rechtsschutz gem. § 80 Abs. 5 S. 1 VwGO zusteht[18]. Die MS Ltd. musste somit zur Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht angehört werden.

3. Form

127

Nach § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO ist die Anordnung der sofortigen Vollziehung schriftlich zu begründen. Diese Begründung muss über die Begründung des Verwaltungsakts hinausgehen, da gerade das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung darzulegen ist. Die Begründung darf sich nicht in Formeln, der Wiedergabe des Gesetzestextes oder einem Verweis auf die Begründung der Sachentscheidung erschöpfen[19].

Hier werden von der Behörde letztlich Argumente herangezogen, mit denen sie schon den Erlass der Untersagung begründet hat. Allerdings wird durch den im Wortlaut unterschiedlichen Begründungsaufwand deutlich, dass sich die Behörde der Warnfunktion des § 80 Abs. 3 S. 1 VwGO bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung bewusst war, indem sie das besondere Interesse hinsichtlich des sofortigen Stopps des Bewachungsbetriebs gesondert herausgearbeitet hat. Damit sind die Formanforderungen gewahrt.

Hinweis:

Sollte angenommen werden, die Anordnung sofortiger Vollziehung genüge wegen der unterlassenen Anhörung oder einer unzureichenden Begründung nicht den rechtlichen Anforderungen, stehen die Konsequenzen im Raum. Jedenfalls bei einem Begründungsmangel ist der Antrag nach §

80 Abs. 5 S. 1 VwGO wegen Rechtswidrigkeit der Vollziehungsanordnung[20] begründet, ohne dass das Gericht in eine materielle Rechtsprüfung einsteigt[21]. Dasselbe wäre anzunehmen, wenn von einem Anhörungsgebot ausgegangen wird[22]. Umstritten ist, ob das Verwaltungsgericht in diesen Fällen die aufschiebende Wirkung wiederherstellt[23] oder nur die Anordnung der sofortigen Vollziehung aufhebt[24], um die Verwaltung nicht zu hindern, diese formell korrekt zu wiederholen. Gegen die bloße Aufhebung der Anordnung spricht, dass § 80 Abs. 5 VwGO eine solche Entscheidungsbefugnis nicht vorsieht. Zudem hindert die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung die Verwaltung nicht an einer erneuten Anordnung, da die Bindungswirkung der gerichtlichen Entscheidung nur soweit reicht, wie das Gericht in der Sache entschieden hat, also nur hinsichtlich der formellen Rechtswidrigkeit der Anordnung bestünde[25]. Sachliche Unterschiede bestehen zwischen beiden Ansichten aber nicht. Nach beiden Ansichten ist der Antrag ohne weitere Sachprüfung erfolgreich. In der Klausur müsste daher hilfsgutachterlich weitergeprüft werden[26]. Nach richtiger Auffassung scheidet eine Nachholung der ordnungsgemäßen Begründung mit heilender Wirkung im Unterschied zur ordnungsgemäßen Wiederholung der Vollziehungsanordnung aus. Die Warn-, Rechtsschutz- und Kontrollfunktion des Begründungserfordernisses lassen sich nicht mit Erwägungen der Prozessökonomie beiseiteschieben[27].

II. Interessenabwägung

128

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist in materieller Hinsicht rechtswidrig, wenn das Vollzugsinteresse der Stadt S nicht das Aussetzungsinteresse der MS Ltd. überwiegt. Dabei sind die Erfolgsaussichten in der Hauptsache von entscheidender Bedeutung[28]. Stellt sich die Untersagung bei summarischer Prüfung als rechtswidrig dar, kann an deren sofortigem Vollzug kein überwiegendes Interesse bestehen.

Hinweis:

Anders als in den Fällen des § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1–3 VwGO ist das Vollzugsinteresse in besonderem Maße rechtfertigungsbedürftig, weil der Sofortvollzug nicht auf einer Anordnung des Gesetzgebers, sondern einer solchen der Behörde beruht. Für die (materielle) Rechtmäßigkeit der Anordnung ist deshalb maßgeblich, dass das Vollzugsinteresse das Aussetzungsinteresse überwiegt[29]. Dies muss im Obersatz zum Ausdruck kommen.

1. Ermächtigungsgrundlage

129

Wegen der Gewerbefreiheit nach § 1 Abs. 1 GewO bedarf die Untersagung einer Ermächtigungsgrundlage. Eine solche könnte sich in § 15 Abs. 2 S. 1 GewO finden, der die zuständigen Behörden ermächtigt, die Fortsetzung eines Betriebs zu untersagen, der ohne die erforderliche Erlaubnis betrieben wird.

Hinweis:

Grob fehlerhaft wäre ein Abstellen auf § 15 Abs. 2 S. 2 GewO, da die Rechtsfähigkeit einer ausländischen juristischen Person in Deutschland anerkannt ist[30]. Im Übrigen macht der Sachverhalt hinreichend deutlich, dass die Fortsetzungsuntersagung auf die fehlende gewerberechtliche Erlaubnis gestützt wird.

2. Formelle Rechtmäßigkeit
a) Zuständigkeit

130

Die sachliche Zuständigkeit der Stadtverwaltung von S für die Fortsetzungsuntersagung nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO ergibt sich aus § 1 ZuVO Rh-Pf Gewerberecht.

Hinweis:

Die Zuständigkeit bestimmt sich gemäß § 155 Abs. 2 GewO nach Landesrecht.

b) Verfahren

131

Laut Sachverhalt wurde die MS Ltd. gemäß § 28 Abs. 1 VwVfG angehört.

c) Form

132

Formverstöße sind nicht ersichtlich. Insbesondere liegt eine Begründung für die Fortsetzungsuntersagung gemäß § 39 Abs. 1 VwVfG vor.

3. Materielle Rechtmäßigkeit
a) Tatbestandliche Voraussetzungen

133

Nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO kann die Fortsetzung des Betriebs verhindert werden, wenn ein Gewerbe ohne die erforderliche Erlaubnis betrieben wird. Fraglich ist deshalb, ob der Betrieb des Bewachungsgewerbes erlaubnisbedürftig ist. Die Erlaubnisbedürftigkeit könnte sich aus § 34a GewO ergeben. Nach § 34a Abs. 1 S. 1 GewO bedarf der Erlaubnis, wer gewerbsmäßig Leben oder Eigentum fremder Personen bewachen will.

Vorausgesetzter Gegenstand der Bewachung ist ua das **fremde Eigentum**. Maßgeblich hierfür sind nicht die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse[31]. Selbst wenn in den Juwelier- und Handygeschäften Waren angeboten werden, die nicht im Eigentum des Ladeninhabers stehen, liegt folglich fremdes Eigentum als Bewachungsgegenstand vor.

Fraglich ist hingegen, ob die Tätigkeit der Mitarbeiter der MS Ltd. die Kriterien der Bewachung erfüllt. Bewachung ist die auf den Schutz fremden Eigentums gerichtete **aktive personale Obhutstätigkeit**[32]. Nach dem Sachverhalt beobachten die Mitarbeiter der MS Ltd. aktiv das Verhalten der Kundschaft in den Geschäften und beschränken sich nicht auf passive Tätigkeiten zB eines „Haushüters“[33]. Fraglich könnte aber – in

Abgrenzung zu Detekteien iSv § 38 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GewO – die Schutzintention dieser Tätigkeit sein, denn nach dem Sachverhalt schreiten die Mitarbeiter erst dann ein, sobald ein Ladendieb mit der weggenommenen Ware die Kassenzone passiert hat. Allerdings führt diese „Gewahrsamslockerung" bezogen auf den Eigentumsschutz nicht zu einer Ablehnung des Merkmals der Bewachung. Das Abwarten der Mitarbeiter vor dem Zugriff dient vor allem Beweiszwecken. Es ist nicht gleichzusetzen mit der Ermittlungstätigkeit von Detektiven und rechnet noch der präventiven Bewachung zu[34].

Schließlich setzt die Erlaubnispflicht die **Gewerbsmäßigkeit** der Bewachung fremden Eigentums voraus. Dies erfordert eine selbstständige, auf Dauer angelegte Tätigkeit mit Gewinnerzielungsabsicht. Die MS Ltd. übernimmt die Bewachung selbstständig und fungiert nicht etwa als angestellter „Werkschutz". Sie ist auch dauerhaft mit Gewinnerzielungsabsicht tätig. Folglich liegen die Voraussetzungen der Erlaubnisbedürftigkeit nach § 34a Abs. 1 GewO vor.

Hinweis:

In Anbetracht dahingehender vereinzelter Stimmen in Judikatur und Schrifttum[35] wäre es vertretbar, die Erlaubnispflicht nach § 34a Abs. 1 GewO mangels Bewachungstätigkeit abzulehnen. In diesem Fall würde sich die Frage der Vereinbarkeit der Genehmigungspflicht mit dem unionalen Primärrecht nicht mehr stellen. Da die Bearbeiter/

innen aber zu einer erschöpfenden Diskussion der aufgeworfenen Rechtsfragen angehalten sind, sind auch in diesem Fall Ausführungen zur Vereinbarkeit mit Europarecht zu erwarten.

b) Erlaubnisfreiheit wegen Niederlassungsfreiheit?

134

Möglicherweise verstößt aber die Erlaubnispflicht nach § 34a Abs. 1 GewO gegen die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 AEUV und muss wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts zurücktreten (s.a. **Fall 3**).

Hinweis:

Weil mit der Genehmigungspflicht die tatbestandsmäßige Voraussetzung einer Untersagung in Frage steht, empfiehlt sich die Diskussion auch an dieser Stelle und nicht erst im Rahmen der Ermessensausübung.

aa) Unmittelbare Anwendung

135

Die Grundsätze der Unionstreue und der einheitlichen Wirksamkeit des Unionsrechts (Art. 4 Abs. 3 EUV) gebieten seinen Anwendungsvorrang vor kollidierendem nationalen Recht[36]. Die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49, 54 AEUV ist eine **unmittelbar anwendbare Norm**, die von allen mitgliedstaatlichen Instanzen zu beachten ist. Indes scheidet ein unmittelbarer Durchgriff auf die Grundfreiheiten regelmäßig aus, wenn der Sachverhalt abschließend durch das unionale Sekundärrecht geregelt wird[37]. Die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit des Bewachungsgewerbes wird aber von der Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen nicht abschließend geregelt, weshalb sie laut Bearbeitungshinweis auch nicht zu prüfen ist. Die Dienstleistungsrichtlinie 2006/123/EG nimmt in Art. 2 Abs. 2 lit. k das Bewachungsgewerbe von vornherein aus ihrem Anwendungsbereich aus.

Die Inanspruchnahme der Niederlassungsfreiheit setzt einen **grenzüberschreitenden Bezug** voraus. Dieser liegt vor, wenn ein Selbstständiger aus einem anderen Mitgliedstaat in Deutschland eine (Zweig-)Niederlassung begründet oder begründen will. Auch diese Voraussetzung ist hier gegeben.

Exkurs:

Die Richtlinie 2005/36/EG bewirkt gerade keine Vollharmonisierung für den Zugang zu reglementierten Berufen, sondern stellt allein Anforderungen an die wechselseitige Anerkennung von im Herkunftsstaat erworbenen Befähigungsnachweisen[38]. Sollte der Richtlinie hingegen eine abschließende Regelung über die Zulässigkeit eines Genehmigungserfordernisses entnommen werden, so würde dies erst bei der Frage der Rechtfertigung eines Eingriffs in die Niederlassungsfreiheit zum Tragen kommen. Die sog. Sperrwirkung des Sekundärrechts ist im Übrigen nicht nur begrenzt durch den konkreten Regelungsinhalt der Richtlinie, sondern kann den Rechtsanwender auch nicht davon entbinden, die Sekundärrechtsnormen im Lichte des Primärrechts auszulegen[39].

bb) Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit

136

Die Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV schützt **natürliche und juristische Personen**. Nach Art. 54 Abs. 1 AEUV bemisst sich die Anerkennung juristischer Personen nach dem mitgliedstaatlichen Recht. Sie müssen, um Träger der Niederlassungsfreiheit zu sein, ihren satzungsmäßigen Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung innerhalb der Union haben. Dies trifft auf die MS Ltd. zu, die sowohl ihren satzungsmäßigen Sitz als auch ihre Hauptverwaltung in Irland hat. Als Erwerbszwecke verfolgendes Unternehmen iSv Art. 54 Abs. 2 AEUV ist für die MS Ltd. der persönliche Schutzbereich der Niederlassungsfreiheit eröffnet.

In sachlicher Hinsicht schützt die Niederlassungsfreiheit die Niederlassung einer natürlichen oder juristischen Person zum Zwecke der **Aufnahme und Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit und die Gründung und Leitung von Unternehmen** in einem anderen Mitgliedstaat. Die selbstständige Erwerbstätigkeit ist jede entgeltliche Tätigkeit, die in eigener Verantwortung und weisungsfrei erfolgt. Derartige Tätigkeiten werden von der MS Ltd. erbracht. In Abgrenzung von der Dienstleistungsfreiheit müssen diese Tätigkeiten mittels einer Niederlassung erfolgen. Der

primären Niederlassung als dem Wechsel der Ansässigkeit stellt Art. 49 Abs. 1 S. 2 AEUV die Gründung von Agenturen, Zweigniederlassungen und Tochtergesellschaften gleich (sog. sekundäre Niederlassung). Ihre rechtsförmliche Verselbstständigung ist nicht geboten[40]. Allerdings muss es sich um eine feste Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit handeln[41]. Die feste Einrichtung besteht hier in den angemieteten Geschäftsräumen, und nach einer wertenden Gesamtbetrachtung[42] ist davon auszugehen, dass die gewerbliche Tätigkeit mittels der Niederlassung dauerhaft ausgeübt wird.

Die Eröffnung des Schutzbereichs könnte nur noch dann versperrt sein, wenn die **Bereichsausnahme nach Art. 51 AEUV** greift. Auf selbstständige Tätigkeiten, die dauerhaft oder teilweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, finden Art. 49 ff AEUV keine Anwendung. Tätigkeiten Privater sind nur dann mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden, wenn sie die Möglichkeit verschaffen, gegenüber dem Bürger von Sonderrechten und Zwangsbefugnissen Gebrauch zu machen[43]. Diese Option besitzt das private Sicherheitsgewerbe gerade nicht, wenn nicht ausnahmsweise eine Beleihung vorliegt, wie § 34a Abs. 5 GewO – deklaratorisch – zum Ausdruck bringt[44]. Deshalb greift Art. 51 AEUV nicht.

cc) Eingriff in die Niederlassungsfreiheit

137

Art. 49 Abs. 1 AEUV verbietet Beschränkungen der Niederlassungsfreiheit durch die Mitgliedstaaten[45]. Verboten sind demgemäß nicht nur unmittelbar und mittelbar diskriminierende Regelungen, die an die Herkunft des Unternehmens anknüpfen[46]. Nach der sog. *Dassonville*-Formel ist Eingriff jede staatliche Maßnahme, die unmittelbar oder mittelbar, mit tatsächlicher oder potentieller Wirkung den Gebrauch der Grundfreiheiten beeinträchtigt[47]. Das Beschränkungsverbot fordert, dass sich auch mitgliedstaatliche Maßnahmen, die sich unterschiedslos gegen Inländer und Ausländer richten, als Eingriff in die Grundfreiheiten rechtfertigen müssen. Dies sind Maßnahmen, die die Ausübung der Niederlassungsfreiheit behindern oder weniger attraktiv machen[48]. Hierzu gehören vornehmlich Regelungen, welche die Freiheit der Standortwahl – also den ungehinderten Zuzug oder Wegzug – beeinträchtigen. Eine Norm wie § 34a GewO, welche die Niederlassung eines Gewerbetreibenden aus einem anderen Mitgliedstaat von der vorherigen Erteilung einer Erlaubnis abhängig macht, ist eine Beschränkung iSd Art. 49 AEUV[49].

Exkurs:

Der EuGH hat durch die sog. *Keck*-Formel den

Eingriffstatbestand für die Warenverkehrsfreiheit reduziert. Danach fallen mitgliedstaatliche Regelungen über bestimmte Verkaufsmodalitäten, sofern sie alle Wirtschaftsteilnehmer gleichermaßen treffen und den Absatz der inländischen und ausländischen Erzeugnisse rechtlich wie tatsächlich in gleicher Weise berühren, nicht unter das Verbot des Art. 34 AEUV[50] (**Fall 2**). Nicht vollends geklärt ist, ob und inwieweit sich diese Rechtsprechung auf die anderen Grundfreiheiten übertragen lässt. Für eine Übertragung der *Keck*-Formel spricht, dass sich in der Rechtsprechung des EuGH mittlerweile eine Konvergenz zu einer gemeinsamen Dogmatik der Grundfreiheiten feststellen lässt[51]. Ihr Zweck besteht darin, den überaus weiten Anwendungsbereich einzugrenzen, wenn nicht der Marktzugang, sondern nur Modalitäten im Markt betroffen sind[52], was wie bei der Warenverkehrsfreiheit ebenso bei den anderen Grundfreiheiten möglich erscheint[53]. Die neueste Rechtsprechung des EuGH enthält allerdings kaum noch Hinweise auf die *Keck*-Formel, was darauf zurückzuführen ist, dass sie sich selbst im Bereich der Warenverkehrsfreiheit als wenig praktikabel erwiesen hat. Zur Beschränkung der Weite der *Dassonville*-Formel wird sie zunehmend von dem Kriterium des Markzugangs und der Relevanzregel abgelöst[54]. Jedenfalls stellt ein Genehmigungserfordernis als konstitutives Hindernis für die Aufnahme einer Tätigkeit aber keine bloße „Aufenthaltsmodalität“ dar, sondern beschränkt den Marktzugang als solchen.

dd) Rechtfertigung der Beschränkung

138

Die für die Niederlassungsfreiheit anwendbare ausdrückliche Schranke des Art. 52 AEUV umfasst bereits nach ihrem Wortlaut nur Regelungen, die nach der Staatsangehörigkeit bzw. dem Sitz differenzieren. Deshalb lassen sich unterschiedslos geltende Maßnahmen wie das Genehmigungserfordernis nach § 34a Abs. 1 GewO nicht nach dieser Vorschrift rechtfertigen[55]. Auch für die Niederlassungsfreiheit ist allerdings die ungeschriebene Schranke der „zwingenden Erfordernisse" im Sinne der *Cassis*-Formel anerkannt[56], in deren Rahmen der EuGH den Mitgliedstaaten im Übrigen im Wege des a fortiori-Schlusses auch bei unterschiedslos geltenden Maßnahmen u.a. die Berufung auf die in Art. 52 AEUV genannten Belange gestattet[57].

Für die Rechtfertigung ist zwischen einzelnen Genehmigungsvoraussetzungen und einem Genehmigungserfordernis als solchem zu unterscheiden. Hier wendet sich die MS Ltd. nicht gegen bestimmte Genehmigungsvoraussetzungen oder deren Anwendung auf sie, sondern die Erlaubnisbedürftigkeit als solche. Erlaubnisvorbehalte lassen sich als verhältnismäßige Schranke rechtfertigen, da sich ein Selbstständiger mit der (Zweig-)Niederlassung in einem anderen Mitgliedstaat

integriert und insoweit keine Besserstellung gegenüber den Inländern beanspruchen kann[58]. Dies gilt auch für das Erlaubnisverfahren für das Sicherheitsgewerbe, das dem Schutz der Allgemeinheit vor unqualifizierten Gewerbetreibenden dient[59].

Nach alledem liegt in der Genehmigungsbedürftigkeit des Bewachungsgewerbes kein Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit.

Folglich ist auch der Tatbestand des § 15 Abs. 2 S. 1 GewO verwirklicht.

Exkurs:

Für normative Erlaubnisvoraussetzungen wird man dies durchaus differenziert sehen müssen. Für das Sicherheitsgewerbe kann sich insbesondere das Gebot, die Tätigkeit nur in Form einer juristischen Person auszuüben, als unverhältnismäßige Beschränkung darstellen, weil sie die Gründung von Zweigstellen in einem anderen Mitgliedstaat erschwert[60]. Auch das Gebot, sowohl ein bestimmtes Gesellschaftskapital zu besitzen als auch eine Sicherheit im Aufnahmestaat zu hinterlegen ohne die Möglichkeit einer Anrechnung, ist nach Ansicht des EuGH nicht durch zwingende Erfordernisse gedeckt[61]. Gewerbezulassungsschranken wie Qualifikationsanforderungen für die Ausübung bestimmter Berufe lassen sich aber durch den Schutz der Bevölkerung vor unqualifizierten Gewerbetreibenden rechtfertigen[62]. Die Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen hat aber insoweit auch

für das Sicherheitsgewerbe Erleichterungen gebracht, als sie die Berücksichtigung des in einem anderen Mitgliedstaat erlangten Sachkundenachweises des Gewerbetreibenden[63] iSd § 34a Abs. 1 S. 3 Nr. 3 GewO oder eines Unterrichtungsnachweises für das Bewachungspersonal iSd § 34a Abs. 1a S. 1 Nr. 2 GewO gebietet[64]. Der deutsche Gesetzgeber hat die richtlinienrechtlichen Gebote nunmehr übergreifend in § 13c GewO geregelt.

c) Ermessen

139

Die Untersagung der Gewerbefortsetzung steht nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO im Ermessen der Behörde. Für die Ermessensausübung sind die Kriterien des § 40 VwVfG maßgeblich. Hier kommt ein Fall des Ermessensfehlgebrauchs in Betracht, sofern die Stadtverwaltung die verfassungsrechtlichen Grenzen der Ermessenseinräumung verkannt hat[65]. Die Fortsetzungsuntersagung könnte sich im Hinblick auf die Gewerbefreiheit der MS Ltd. als unverhältnismäßig erweisen, wenn sie allein auf die formelle Illegalität des Bewachungsbetriebs gerichtet ist, der Betrieb sich aber als materiell genehmigungsfähig erweist[66]. Indes ist die formelle Gewerberechtswidrigkeit ausreichend für eine Untersagung nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO, wenn der Betriebsinhaber kategorisch eine Antragstellung ablehnt[67]. So stehen die Dinge nach den klaren Äußerungen der MS Ltd. hier. Auf die materielle Genehmigungsfähigkeit des Bewachungsbetriebs kommt es deshalb im Ergebnis nicht an. Da die Genehmigungspflicht als solche mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar ist, gebietet auch das Unionsrecht kein Absehen vom Erlass der Verfügung.

4. Besonderes öffentliches Vollzugsinteresse

140

Die Rechtmäßigkeit der Fortsetzungsuntersagung begründet allein noch nicht ein das Aussetzungsinteresse der MS Ltd. überwiegendes Vollzugsinteresse der S. Nach § 80 Abs. 1 VwGO stellt die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage die vom Gesetzgeber vorgesehene Regel dar, der Sofortvollzug die Ausnahme. Im Fall von § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO beruht der ausnahmsweise Sofortvollzug im Unterschied zu § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bis 3 VwGO zudem nicht auf gesetzgeberischer, sondern nur auf behördlicher Anordnung. Daher ist er in besonderem Maße rechtfertigungsbedürftig. Dazu genügt nicht bereits die Rechtmäßigkeit des zu vollziehenden Verwaltungsaktes[68], weil ansonsten jeder rechtmäßige Verwaltungsakt für sofort vollziehbar erklärt und das gesetzliche Regel-Ausnahme-Verhältnis verkehrt werden könnte. Es muss daher zusätzlich ein besonders öffentliches Interesse bestehen, das über das Interesse am Erlass des Verwaltungsaktes hinausgeht[69]. Das Erlaubnisverfahren dient dem Schutz der Allgemeinheit vor unqualifiziertem Sicherheitspersonal. Infolge der Weigerung der MS Ltd., eine Erlaubnis zu beantragen, besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit, dass sie ihr Fehlverhalten auch während

des Hauptsacheverfahrens fortsetzen wird, so dass eine akute Gefahr für die Allgemeinheit gegeben ist. Diese erfordert eine sofortige Einstellung der Tätigkeiten und rechtfertigt damit nicht nur die Fortsetzungsuntersagung, sondern darüber hinaus die Anordnung des Sofortvollzugs[70].

5. Ergebnis

141

Bei summarischer Prüfung der Rechtslage ist die Fortsetzungsuntersagung rechtmäßig und es besteht ein besonders öffentliches Interesse an der Anordnung der sofortigen Vollziehung. Damit überwiegt das öffentliche Vollzugsinteresse der S das Aussetzungsinteresse der MS Ltd.

C. Gesamtergebnis zum 1. Teil

142

Ein Antrag der MS Ltd. auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung wäre zwar zulässig, aber unbegründet.

2. Teil: Rechtmäßigkeit des an B gerichteten Bescheids

A. Ermächtigungsgrundlage

143

Bei der Untersagung handelt es sich um einen (formellen) Verwaltungsakt iSv § 35 VwVfG, der wegen § 1 GewO bzw wegen Art. 12 Abs. 1 GG einer Rechtsgrundlage bedarf. Als Grundlage für den an B gerichteten Bescheid kommt einerseits § 35 Abs. 7a S. 1 GewO in Betracht. Nach dieser Vorschrift kann „die Untersagung" auch gegenüber der mit der Leitung des Betriebs beauftragten Person ausgesprochen werden. Damit ist die Untersagung nach § 35 Abs. 1 S. 1 GewO gemeint, also die Untersagung der selbstständigen Ausübung des Bewachungsgewerbes durch B[71]. Aus § 35 Abs. 7a S. 3 iVm § 35 Abs. 1 S. 2 letzte Alt. GewO folgt die Befugnis, B auch die selbstständige Ausübung anderer oder aller Gewerbe iSv § 35 GewO zu untersagen. Schließlich liefert § 35 Abs. 7a S. 3 iVm § 35 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GewO nicht nur die Möglichkeit, B die Betriebsleitung im bislang ausgeübten Bewachungsgewerbe zu untersagen, sondern die gewerbliche Leitungsposition generell zu unterbinden[72].

Hinweis:

Grundsätzlich handelt es sich um unterschiedliche materielle

Verwaltungsakte, die aber von der Behörde regelmäßig in einem formellen Bescheid miteinander verbunden werden. Von den Bearbeiter/innen ist verlangt, die jeweilige Eingriffsgrundlage zu identifizieren, was Genauigkeit und ein wenig Knobelei erfordert.

Voraussetzung ist aber, dass § 35 Abs. 7a GewO **anwendbar** ist. Die Anwendbarkeit des § 35 Abs. 7a GewO könnte ausgeschlossen sein, wenn ein Fall des § 35 Abs. 8 GewO vorliegt. Nach § 35 Abs. 8 S. 1 GewO sind § 35 Abs. 1–7a GewO nicht anwendbar, soweit für einzelne Gewerbe besondere Untersagungs- oder Betriebsschließungsvorschriften bestehen, die auf die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden abstellen, oder eine für das Gewerbe erteilte Zulassung wegen Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden zurückgenommen oder widerrufen werden kann. Die zweite Variante scheidet aus. Zwar kann eine Erlaubnis für das Bewachungsgewerbe nach §§ 48, 49 VwVfG aufgehoben werden, wenn der Gewerbetreibende iSv § 34a Abs. 1 S. 3 Nr. 1 GewO unzuverlässig (geworden) ist; allerdings besitzt die MS Ltd. keine Erlaubnis, die aufgehoben werden könnte.

Fraglich ist, ob die Anwendbarkeit von § 35 GewO wegen der möglichen – und rechtmäßig erfolgten (siehe Teil I) – Fortsetzungsuntersagung nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO ausgeschlossen ist. Dies wäre dann zu bejahen, wenn § 15 Abs. 2 S. 1 GewO auf die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden abstellte. § 15 Abs. 2 S. 1 GewO soll hingegen allein das

Fehlen einer erforderlichen Erlaubnis sanktionieren. § 35 GewO kann deshalb *neben* § 15 Abs. 2 S. 1 GewO zur Anwendung kommen[73]. Da gegen die MS Ltd. nach § 35 Abs. 1 GewO eingeschritten werden kann, gilt dies auch für ein Vorgehen gegenüber dem Betriebsleiter. Deshalb deckt § 35 Abs. 7a GewO auch ihm gegenüber eine erweiterte Untersagung für noch nicht ausgeübte erlaubnispflichtige Tätigkeiten[74].

Hinweise:

Gegen das nach dem Wortlaut von § 35 Abs. 8 GewO recht eindeutige Ergebnis werden sich vermutlich einige Bearbeiter/innen intuitiv sperren, weil in verkürzender und unzutreffender Wahrnehmung § 35 GewO allein als Eingriffsgrundlage für das erlaubnisfreie Gewerbe identifiziert wird. Gleichwohl wird nur ganz vereinzelt eine Sperrwirkung des § 15 Abs. 2 S. 1 GewO für die Anwendung von § 35 Abs. 1 GewO vertreten[75]. Diese Auffassung verkennt Sinn und Zweck der jeweiligen Regelungen: Während § 15 Abs. 2 S. 1 GewO nur die Untersagung des konkreten Betriebs zB durch Sperrung und Versiegelung der Räume ermöglicht, ist § 35 Abs. 1 GewO personenbezogen grundsätzlich auf die Ausübung des jeweiligen Gewerbes gerichtet, dessen Ausübung im gesamten Geltungsbereich der GewO gesperrt ist[76]. Hinzu kommt, dass nur die Einleitung eines Untersagungsverfahrens gegen die MS Ltd. als Gewerbetreibender die Voraussetzung dafür schafft, auch gegen Stellvertreter bzw. mit der Leitung des Betriebs beauftragte Personen nach § 35 Abs. 7a GewO vorzugehen –

dazu sogleich unter C.I (Rn 147).

B. Formelle Rechtmäßigkeit
I. Zuständigkeit

144

Für eine auf § 35 Abs. 7a GewO gestützte Untersagung ergibt sich die sachliche Zuständigkeit der Stadtverwaltung von S aus § 1 Abs. 1 Nr. 1 ZuVO RP Gewerberecht. Die örtliche Zuständigkeit folgt aus § 35 Abs. 7 S. 1 GewO als Bezirk des Sitzes der Zweigniederlassung.

II. Verfahren

145

B ist nach § 28 Abs. 1 VwVfG angehört worden. Allerdings soll bei einer Untersagung nach § 35 Abs. 1 GewO zusätzlich die IHK gemäß § 35 Abs. 4 GewO angehört werden. Wie aus § 35 Abs. 4 S. 3 GewO folgt, ist von einer Anhörungspflicht auszugehen, wenn – wie hier – für eine Gefahr im Verzuge keine Anhaltspunkte bestehen. § 35 Abs. 4 GewO kommt bei einer Untersagung gegenüber dem Betriebsleiter nach § 35 Abs. 7a S. 3 GewO ebenfalls zur Anwendung. Nach dem beredten Schweigen des Sachverhalts ist eine Anhörung offensichtlich unterblieben.

Ein Verstoß gegen das Beteiligungsgebot ist indessen nach § 45 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 2 VwVfG bis zum Abschluss des gerichtlichen Verfahrens heilbar. Die Stadtverwaltung könnte insbesondere im Widerspruchsverfahren die Anhörung der IHK nachholen.

Exkurs:

Geht es um die Nachholung der Anhörung des Verwaltungsaktadressaten selbst, so lässt es die Judikatur für die Heilung eines Anhörungsfehlers genügen, dass der Betroffene im Widerspruchsverfahren Gelegenheit zur Stellungnahme hat[77]. Nach richtiger Ansicht muss der Betroffene aber darauf hingewiesen werden, dass das Widerspruchsverfahren der Heilung des Mangels dient[78]. Umstritten ist, ob die

Nachholung der Anhörung bei Ermessensentscheidungen der Widerspruchsbehörde anvertraut werden kann oder ob dies durch die Ausgangsbehörde geschehen muss[79].

III. Form

146

Formverstöße sind nicht ersichtlich. Insbesondere liegt eine Begründung für die Untersagung gemäß § 39 Abs. 1 VwVfG vor.

C. Materielle Rechtmäßigkeit
I. Einleitung eines Verfahrens gegen die MS Ltd

147

Nach § 35 Abs. 7a S. 2 GewO kann das Verfahren gegen den Betriebsleiter unabhängig vom Hauptverfahren gegen den Gewerbetreibenden fortgesetzt werden. Hieraus folgt, dass vor oder spätestens zeitgleich mit dem Verfahren nach § 35 Abs. 7a GewO ein Untersagungsverfahren gegen den Gewerbetreibenden nach § 35 Abs. 1 GewO eingeleitet werden muss[80]. Dies ist hier geschehen. Fraglich ist, ob das Verfahren nach § 35 Abs. 7a GewO darüber hinaus den – erfolgreichen – Abschluss des Verfahrens gegen die MS Ltd. voraussetzt. Dies wird teilweise angenommen und auf die Verwendung des Worts „auch“ in § 35 Abs. 7a S. 1 GewO gestützt[81]. Allerdings wird durch den Wortlaut des § 35 Abs. 7a S. 2 GewO anerkannt, dass die Verfahren gegen den Gewerbetreibenden und gegen den Betriebsleiter oder Vertretungsberechtigten einen völlig unterschiedlichen Verlauf nehmen können. Es soll gerade auch ermöglicht werden, gezielt gegen den eigentlichen Problemverursacher vorzugehen. Es reicht deshalb aus, dass ein Verfahren gegen den Gewerbetreibenden eingeleitet wurde[82]. Im Ergebnis besteht also nur eine eingeschränkte Akzessorietät

der Verfahren hinsichtlich der Adressaten.

Hinweis:

Diese Anforderung kann auch als Frage der formellen Rechtmäßigkeit erörtert werden[83].

II. B als mit der Leitung des Betriebs beauftragte Person

148

B müsste richtiger Adressat einer Verfügung nach § 35 Abs. 7a GewO sein. Eine mit der Leitung des Betriebs beauftragte Person ist, wer aufgrund seiner Stellung im Betrieb, insbesondere aufgrund des Anstellungsvertrages, den Betrieb tatsächlich leitet. Entscheidend sind die tatsächlichen Verhältnisse, ob nämlich die Person im erklärten oder geduldeten Einvernehmen die Geschicke des Gewerbebetriebs bestimmt[84]. Nach dem Sachverhalt ist B der Betriebsleiter der Zweigniederlassung, der in S verantwortlich die Geschäfte für die MS Ltd. führt und auch für die steuerlichen Angelegenheiten zuständig ist. B erfüllt die Anforderungen an eine mit der Leitung des Betriebs beauftragte Person.

III. Akzessorietät hinsichtlich der untersagten Tätigkeiten

149

Fraglich ist, ob auch bei einer Untersagung nach § 35 Abs. 7a GewO die bei Gewerbetreibenden im Verhältnis zwischen § 35 Abs. 1 S. 1 und § 35 Abs. 1 S. 2 GewO bestehende strikte Akzessorietät zu beachten ist (s.a. **Fall 7**). In diesem Fall dürfte B vice versa nur dann die weitere Betätigung als Betriebsleiter untersagt werden, wenn ihm vorsorglich auch die künftige Tätigkeit als selbstständiger Bewachungsunternehmer untersagt wird. Da § 35 Abs. 7a S. 1 GewO mit der „Untersagung" diejenige nach § 35 Abs. 1 S. 1 GewO meint[85] und § 35 Abs. 7a S. 3 GewO auf den restlichen § 35 Abs. 1 GewO verweist, gilt das Verhältnis dieser Vorschriften auch hier[86].

Die Stadtverwaltung hat mit der ausdrücklichen Untersagung der künftigen selbstständigen Ausübung des Bewachungsgewerbes diese Akzessorietät zwischen „Grundverfügung" und erweiternden Untersagungen gewahrt.

IV. Unzuverlässigkeit des B im Hinblick auf die untersagten Tätigkeiten

150

Fraglich ist, ob B unzuverlässig ist. Unzuverlässig ist ein Gewerbetreibender, der nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens keine Gewähr dafür bietet, sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß zu betreiben[87]. Es handelt sich dabei um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der trotz der anzustellenden Prognose gerichtlich voll überprüfbar ist[88]. Es müssten also Tatsachen vorliegen, die die Unzuverlässigkeit des B in Bezug auf die untersagten Tätigkeiten dartun. Solche Tatsachen könnten in der durch das Finanzamt mitgeteilten Nichtabführung der Lohnsteuer der Mitarbeiter in Höhe von 350 000 € liegen. Auch das Vermögen der öffentlichen Hand unterfällt dem Schutz des § 35 GewO, weshalb auch Steuerrückstände die Unzuverlässigkeit begründen können[89]. Allerdings müssen die Rückstände ein erhebliches Gewicht aufweisen. Dazu müssen sie sowohl nach ihrer absoluten Höhe als auch im Verhältnis zur steuerlichen Gesamtbelastung beträchtlich sein[90]. Steuerrückstände von 350 000 € sind in ihrer absoluten Höhe beträchtlich[91]. Auch in Relation zur steuerlichen Gesamtbelastung der Zweigniederlassung dürften sie ein erhebliches Gewicht haben. Hinzu kommt, dass es sich bei der Lohnsteuer um vom Gewerbebetrieb treuhänderisch

vereinnahmte Steuern handelt, weshalb ihre Nichtabführung ein gravierendes Fehlverhalten darstellt[92]. Schließlich ist auch der Zeitraum beachtlich.

Wird dem Betriebsleiter die künftige selbstständige Ausübung des bislang nur in unselbstständiger Leitungsfunktion wahrgenommenen Bewachungsgewerbes untersagt (§ 35 Abs. 7a S. 1 GewO), kommt es darauf an, ob er zukünftig nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens ein seiner bisherigen Tätigkeit entsprechendes Gewerbe als Selbstständiger ordnungsgemäß ausüben wird[93]. In Anbetracht des Fehlverhaltens ist zu befürchten, dass B auch als selbstständiger Bewachungsunternehmer seinen Steuerpflichten nicht nachkommen wird. Da es sich bei Steuerschulden um einen branchenübergreifenden Unzuverlässigkeitsgrund handelt, erweist er sich auch als unzuverlässig für den selbstständigen Betrieb anderer Gewerbe iSv § 35 GewO (§ 35 Abs. 7a S. 3 iVm § 35 Abs. 1 S. 2 letzte Alt. GewO). Schließlich besteht eine ausreichende Wahrscheinlichkeit, dass B auch künftig nicht die für die ordnungsgemäße Leitung eines Gewerbebetriebs erforderliche Sorgfalt aufbringen wird (§ 35 Abs. 7a S. 3 iVm § 35 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 GewO). Folglich ist im Ergebnis seine Unzuverlässigkeit in Bezug auf alle untersagten Tätigkeiten zu bejahen.

V. Erforderlichkeit

151

Nach § 35 Abs. 1 S. 1 GewO ist eine Untersagung der Gewerbeausübung nur rechtmäßig, sofern sie zum Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. Dieses Tatbestandsmerkmal ist ein voll überprüfbarer Rechtsbegriff. Wie bei einer gegen den Gewerbetreibenden selbst ergehenden Untersagung muss diese auch bezogen auf den Betriebsleiter erforderlich sein.

Hierbei ist zu berücksichtigen, dass B mit der selbstständigen Gewerbeausübung des Bewachungsgewerbes und anderer Gewerbe andere Tätigkeiten als die gegenwärtig wahrgenommene Beschäftigung als Betriebsleiter untersagt werden. Deshalb müssen die für die Erstreckung der Untersagung nach § 35 Abs. 1 S. 2 GewO entwickelten Wertungen zum Ansatz kommen (s. **Fall 7**). Es ist also zu fragen, ob ein Ausweichen des B in die Selbstständigkeit auszuschließen ist[94]. Mangels definitiver Anhaltspunkte für andere Pläne des B ist sein Ausweichen in die Selbstständigkeit nicht auszuschließen. Soweit dem B Leitungspositionen im Bewachungsgewerbe und in anderen Gewerben untersagt werden, handelt es sich jedenfalls bezüglich letzterer ebenfalls um materielle Erweiterungen. Auch bezüglich dieser erweist sich aber die Verfügung als erforderlich.

Hinweis:

Die Entwicklung dieses Wertungsmaßstabs ist kompliziert. Der vom BVerwG zu § 35 Abs. 1 S. 2 GewO vertretene strenge Ansatz ist aber nicht unumstritten. Es ließe sich auch vertreten, dass es positiver konkreter Anhaltspunkte für ein Ausweichen des B in die Selbstständigkeit bzw. in andere Leitungspositionen bedarf[95]. Dann würde es an der Erforderlichkeit fehlen. Auch wenn der Wortlaut des § 35 Abs. 1 S. 1 GewO als Tatbestandsmerkmal nur die Erforderlichkeit benennt, gebietet Art. 12 Abs. 1 GG, dass sich die Untersagung auch iSd Verhältnismäßigkeitsprinzips als angemessen erweist[96]. Bei einer Untersagung nach § 35 Abs. 7a GewO lässt sich dieser Gesichtspunkt aber im Ermessen berücksichtigen.

VI. Ermessen

152

Anders als die Untersagung nach § 35 Abs. 1 S. 1 GewO steht die Untersagung nach § 35 Abs. 7a GewO im Ermessen der Behörde. Es fragt sich, ob die Untersagung verhältnismäßig ist. Hier müssen Sinn und Zweck des § 35 Abs. 7a GewO berücksichtigt werden. Die Norm soll vor allem die Fälle erfassen, in denen gegen den Gewerbetreibenden wegen der Unzuverlässigkeit eines Dritten – Vertreter bzw. Betriebsleiter – eingeschritten werden soll[97]. Würde sich eine Untersagung gegenüber der MS Ltd. allein auf die Unzuverlässigkeit des mit der Leitung des Betriebs beauftragten Person iSv § 35 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GewO stützen, reduziert sich das Ermessen der Stadtverwaltung: Nur das Einschreiten gegenüber dem B stellt sicher, dass die Stadtverwaltung keine Volluntersagung, ggf. auch keine Teiluntersagung gegenüber der MS Ltd. erlassen muss[98]. Weil nur so das mildeste Mittel iSd Erforderlichkeit nach § 35 Abs. 1 S. 1 GewO gegenüber der eigentlichen Gewerbetreibenden gewahrt werden kann, ist das Ermessen der Stadtverwaltung gegenüber B auf Null reduziert[99].

D. Gesamtergebnis zum 2. Teil

153
Die auf § 35 Abs. 7a GewO gestützte Untersagung gegenüber B ist damit insgesamt rechtmäßig.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, купив полную легальную версию на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.