

Examensübungsklausur: Verwaltungsprozessrecht und Gewerberecht – Nachts im Museum

Wiss. Mitarbeiter Tim Lehmann, Berlin^{*}

Diese Examensübungsklausur entstammt einer leicht modifizierten und um eine Abwandlung ergänzten Schwerpunktlausur im Öffentlichen Wirtschaftsrecht. Sie kombiniert das im Gewerberecht klassische Problem des Vorliegens eines Bewachungsgewerbes bei einer eher passiven Tätigkeit mit aktuellen verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen zur Unzuverlässigkeit im Bewachungsgewerbe. Entscheidend ist ein gewissenhafter Umgang mit den unbekannten Normen des Gewerberechts.

Sachverhalt

Inspiziert von der Filmreihe „Nachts im Museum“ möchte T nach mehreren Anstellungen bei privaten Sicherheitsunternehmen den Schritt in die Selbstständigkeit wagen. Deshalb gründet er im Oktober 2024 eine „Museumswächter-Agentur“ im Berliner Bezirk Treptow-Köpenick. Ein Büro unterhält T nicht. Allerdings hat er eigens für seine „Museumswächter-Agentur“ eine Website eingerichtet, auf der er unter Angabe seiner Telefonnummer seine Dienste als „Nachtwächter für Museen jedweder Art“ bewirbt. Das Geschäft läuft zunächst schleppend an. Nach einigen Monaten erhält er jedoch unverhofft einen Auftrag eines lokalen Naturkundemuseums, das auf seine Website und seine guten Referenzen aufmerksam geworden ist. Das Naturkundemuseum ist in letzter Zeit vermehrt Opfer von nächtlichen Diebstählen und Vandalismus geworden und sucht nun eine*n Nachtwächter*in. Angesichts knapper Geldmittel möchte das Naturkundemuseum anstelle eines privaten Sicherheitsunternehmens gerne T als „freien Mitarbeiter“ beauftragen und lässt ihm bei der Ausgestaltung seiner Tätigkeit weitestgehend freie Hand. Zentral für das Naturkundemuseum ist lediglich, dass T bei Auffälligkeiten während seines Nachtdienstes unverzüglich die Polizei informiert und für diese dann als Ansprechpartner vor Ort fungiert. T sitzt überwiegend in einem kleinen Büro im Eingangsbereich des Museums und wechselt nur gelegentlich den Raum. Systematische Patrouillengänge beinhaltet das „Überwachungskonzept“ des T nicht. Er untersucht allerdings regelmäßig die Fenster und Türen auf Einbruchspuren und überprüft die Überwachungskameras. T erzielt durch seine Tätigkeit für das Naturkundemuseum Einkünfte, die für einen durchschnittlichen Lebensstandard genügen. Zu weiteren Vorfällen kommt es in den nächsten Monaten nicht mehr. Das Naturkundemuseum zeigt sich deshalb überaus zufrieden und versichert T, dass er bis zum Erhalt neuer Aufträge weiterhin dort tätig sein dürfe. Auf Anraten einer Freundin stellt T zudem einen Antrag auf Erteilung einer Gewerbeerlaubnis, auch wenn er selbst nicht davon ausgeht, ein erlaubnispflichtiges Gewerbe zu betreiben.

Einige Zeit später wird T jedoch von seiner Vergangenheit eingeholt: Im Januar 2020 ging Ts Beziehung zu O zu Bruch. O machte ihm mehrfach klar, dass für sie die Beziehung vorbei sei. T wollte davon aber nichts wissen. Als sich Ts Verhalten auch nach mehreren Monaten nicht besserte, erwirkte O im April 2020 den Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 1 Abs. 1 S. 3 Nr. 4, Abs. 2 S. 1 Nr. 2 lit. b Gewaltschutzgesetz vor dem zuständigen Amtsgericht. Dennoch schrieb T seiner ehe-

^{*} Der Verf. ist Wiss. Mitarbeiter und Doktorand an der Freien Universität Berlin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insb. Verwaltungsrecht von Prof. Dr. Siegel und lehrt im Schwerpunktbereich zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht.

maligen Lebensgefährtin einige Tage später eine SMS, in der er äußerte, dass das Ganze für O „kein gutes Ende nehmen“ und sie „für alles bezahlen“ werde. Wegen dieses Verstoßes gegen das Kontaktverbot wurde T im Oktober 2020 zu einer Gesamtgeldstrafe von 50 Tagessätzen nach § 4 Nr. 1 Gewaltschutzgesetz verurteilt. Anschließend unternahm T keine weiteren Kontaktversuche in Richtung der O, wies aber jegliches Fehlverhalten von sich und warf O vor, in diesem Zusammenhang falsche Angaben getätigt zu haben. Ausweislich des Schlussberichts der Polizei ging diese nach Auswertung des Sachverhalts von einem hohen Gefahrenpotenzial für Leib und Leben der O aus.

Im März 2025 erhält das zuständige Bezirksamt Treptow-Köpenick einen Hinweis darauf, dass sich T trotz der Verurteilung nach § 4 Nr. 1 Gewaltschutzgesetz mit seiner „Museumswächter-Agentur“ selbstständig gemacht hat. Sie schickt T daraufhin einen mit ordnungsgemäßer Rechtsbehelfsbelehrung versehenen Brief, in dem sie formell rechtmäßig die Gewerbeuntersagung nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO anordnet. Zur Begründung führt sie aus, dass T die „Museumswächter-Agentur“ ohne Erlaubnis betreibe, obwohl T gewerbsmäßig das Eigentum fremder Personen bewache und daher eine Erlaubnis nach § 34a Abs. 1 S. 1 GewO erforderlich sei. Anders als im Falle des § 35 Abs. 1 S. 1 GewO rechtfertige allein die fehlende Erlaubnis die Schließung nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO. Zwar sei sie sich bewusst, dass die „Museumswächter-Agentur“ die einzige Erwerbsquelle des T darstelle. Doch könne die Behörde dem T die Gewerbeerlaubnis ohnehin nicht erteilen, weil das Verhalten des T gegenüber O zeige, dass er nicht die notwendige Zuverlässigkeit für das Bewachungsgewerbe aufweise. Sollten tatsächlich einmal Einbrecher*innen in eines der von ihm bewachten Museen eindringen wollen, sei ein besonnenes und kontrolliertes Auftreten erforderlich, damit die Situation nicht eskaliere. Ts früheres Verhalten ließe aber eher erwarten, dass er die Gewaltbereitschaft der Einbrecher*innen verstärke, anstatt den Konflikt gewaltfrei zu lösen.

T fällt aus allen Wolken, als er den besagten, am 8.4.2025 zur Post aufgegebenen Brief am 9.4.2025 in seinem Briefkasten auffindet. Daraufhin erhebt er am 12.5.2025 formgemäß Widerspruch gegen die Gewerbeuntersagung beim Bezirksamt Treptow-Köpenick. In diesem führt er aus, dass eine Tätigkeit für lediglich einen Auftraggeber kein Gewerbe sei. Nur weil er seinen Auftraggeber vor Einbrüchen schützen möchte, nehme er auch noch keine Bewachung vor. Schließlich überwache er nicht systematisch das gesamte Museum, sondern halte sich einfach den Großteil der Nacht passiv in seinem Büro auf. Mangels erlaubnispflichtiger Tätigkeit dürfe die Behörde daher keine Untersagung nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO verfügen. Selbst wenn seine „Museumswächter-Agentur“ erlaubnispflichtig sei, dürfe die Behörde den ihr zustehenden Spielraum nicht für eine solche Gewerbeuntersagung nutzen. Das Verhalten gegenüber seiner ehemaligen Lebensgefährtin habe nichts mit seinen beruflichen Kompetenzen zu tun. Außerdem sei das Ganze auch schon „verdammt lang her“. In seiner neuen Beziehung habe er – was zutrifft – solches Verhalten nicht wieder an den Tag gelegt. Wenn ihm aber die bereits beantragte Erlaubnis ohnehin nicht wegen Unzuverlässigkeit versagt werden dürfe, sei die Gewerbeuntersagung mit seiner Berufsfreiheit nicht zu vereinbaren.

Das Bezirksamt Treptow-Köpenick hilft dem Widerspruch jedoch nicht ab und erlässt stattdessen einen Widerspruchsbescheid, der die Gewerbeuntersagung bestätigt. Anschließend erhebt T Klage vor dem Verwaltungsgericht Berlin mit dem Antrag, die Gewerbeuntersagung aufzuheben.

Fallfrage

Wird die Klage des T Erfolg haben? Gehen Sie dabei – ggf. hilfsgutachtlich – auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen ein.

Abwandlung

T entschließt sich dazu, anstelle seines Traums von einer „Museumswächter-Agentur“ lieber eine neue Anstellung bei einem anderen privaten Sicherheitsunternehmen anzunehmen. Nachdem das zuständige Bezirksamt von Ts Neuanstellung erfahren hat, holt dieses zur Überprüfung der Zuverlässigkeit des T eine unbeschränkte Auskunft nach § 41 Abs. 1 Nr. 9 des Bundeszentralregistergesetzes i.S.d. § 34a Abs. 1a S. 3 GewO ein. Diese Auskunft ergibt, dass T wegen des Verstoßes gegen das Kontaktverbot gegenüber O im Oktober 2020 zu einer Gesamtgeldstrafe von 50 Tagessätzen nach § 4 Nr. 1 Gewaltschutzgesetz verurteilt wurde. Das Bezirksamt stellt aus diesem Grund in einem Schreiben gegenüber dem Arbeitgeber des T fest, dass T nicht die erforderliche Zuverlässigkeit als Wachperson nach § 34a Abs. 1a S. 1 Nr. 1 GewO aufweise. Als T davon erfährt, ist er erzürnt. Aus § 34a Abs. 3 GewO ergebe sich keine Befugnis des Bezirksamts, seinem Arbeitgeber eine Rechtsauffassung auf Grundlage einer bloß vorläufigen internen Prüfung mitzuteilen. Nach einem in der Sache erfolglosem Vorverfahren erhebt T Klage zum Verwaltungsgericht Berlin mit dem Antrag, das Schreiben an seinen Arbeitgeber mit der Feststellung seiner vermeintlichen Unzuverlässigkeit aus der Welt zu schaffen.

Fallfrage

Welche Klageart ist statthaft?

Bearbeitungsvermerk

1. Gehen Sie davon aus, dass das Kontaktverbot nach § 1 Abs. 1 S. 3 Nr. 4, Abs. 2 S. 1 Nr. 2 lit. b Gewaltschutzgesetz und die strafgerichtliche Verurteilung nach § 4 Nr. 1 Gewaltschutzgesetz *rechtmäßig* sind. Gehen Sie weiterhin davon aus, dass alle relevanten Vorschriften *verfassungsgemäß* sind.
2. Unterstellen Sie, dass andere Versagungsgründe als § 34a Abs. 1 S. 3 Nr. 1 GewO und andere Erlaubnistatbestände als § 34a Abs. 1 S. 1 GewO *nicht* in Betracht kommen.
3. Normen des StGB und des ASOG Bln. sind *nicht* zu prüfen.
4. Die Bewachungsverordnung ist in der Prüfung *nicht* zu berücksichtigen.
5. Auf die nachfolgend abgedruckten Vorschriften des Gewaltschutzgesetzes wird hingewiesen. Auf andere Normen aus dem Gewaltschutzgesetz kommt es für die Fallbearbeitung *nicht* an.

Auszug aus dem Gewaltschutzgesetz

§ 1 Gerichtliche Maßnahmen zum Schutz vor Gewalt und Nachstellungen

(1) Hat eine Person vorsätzlich den Körper, die Gesundheit, die Freiheit oder die sexuelle Selbstbestimmung einer anderen Person widerrechtlich verletzt, hat das Gericht auf Antrag der verletzten Person die zur Abwendung weiterer Verletzungen erforderlichen Maßnahmen zu treffen. Die Anordnungen sollen befristet werden; die Frist kann verlängert werden. Das Gericht kann insbesondere anordnen, dass der Täter es unterlässt,

[...]

4. Verbindung zur verletzten Person, auch unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln, aufzunehmen,

[...]

soweit dies nicht zur Wahrnehmung berechtigter Interessen erforderlich ist.

(2) Absatz 1 gilt entsprechend, wenn

2. eine Person widerrechtlich und vorsätzlich

[...]

b) eine andere Person dadurch unzumutbar belästigt, dass sie ihr gegen den ausdrücklich erklärten Willen wiederholt nachstellt oder sie unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln verfolgt.

[...]

§ 4 Strafvorschriften

Mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer einer bestimmten vollstreckbaren

1. Anordnung nach § 1 Absatz 1 Satz 1 oder 3, jeweils auch in Verbindung mit Absatz 2 Satz 1, zuwiderhandelt.

[...]

Lösungsvorschlag

A. Zulässigkeit des Ausgangsfalls	840
I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO)	840
II. Statthafte Klageart	840
III. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)	841
IV. Ordnungsgemäß, aber erfolglos durchgeführtes Vorverfahren (§§ 68 ff. VwGO)	841
V. Klagfrist (§ 74 Abs. 1 S. 1 VwGO)	841
VI. Sonstige Sachentscheidungsvoraussetzungen	842
VII. Zwischenergebnis	842
B. Begründetheit des Ausgangsfalls	842
I. Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung	842
1. Taugliche Ermächtigungsgrundlage	842
2. Formelle Rechtmäßigkeit	842
3. Materielle Rechtmäßigkeit	842
a) Tatbestand	843
aa) Zulassungspflichtiges stehendes Gewerbe	843
bb) Fehlende Zulassung	846
cc) Richtige*r Adressat*in	846
dd) Zwischenergebnis	846
b) Rechtsfolge	846
II. Zwischenergebnis	849
C. Ergebnis des Ausgangsfalls	849
Abwandlung	849
I. Regelungswirkung der Unzuverlässigkeitsfeststellung	850

II. Unzuverlässigkeitsfeststellung als Verwaltungsakt im formellen Sinne.....	851
III. Ergebnis der Abwandlung	852

Die Klage des T vor dem Verwaltungsgericht Berlin wird Erfolg haben, soweit sie zulässig (A.) und begründet ist (B.).

A. Zulässigkeit des Ausgangsfalls

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO)

Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten müsste eröffnet sein. Mangels aufdrängender Sonderzuweisung ist dies nach der Generalklausel des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO dann der Fall, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art vorliegt und keine abdrängende Sonderzuweisung ersichtlich ist.

Die Entscheidung, ob es sich um eine öffentlich-rechtliche oder eine privatrechtliche Streitigkeit handelt, richtet sich nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus welchem die vom Kläger begehrte Rechtsfolge abgeleitet wird. Mit der Sonderrechtstheorie¹ (auch: modifizierte Subjektstheorie) handelt es sich danach um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, wenn die streitentscheidenden Normen, aus denen sich die vom Kläger begehrte Rechtsfolge ergibt, einen Hoheitsträger als solchen einseitig berechtigen oder verpflichten. T begehrt die Aufhebung der Gewerbeuntersagung. Streitentscheidend für die Frage, ob die Gewerbeuntersagung rechtmäßig oder rechtswidrig ist, ist § 15 Abs. 2 S. 1 GewO. Diese Norm berechtigt gerade die zuständige Behörde als solche, einseitig eine Gewerbeuntersagung zu verfügen. Mithin ist die Streitigkeit öffentlich-rechtlich.

Im Kern des Rechtsstreits geht es nicht um das staatsorganisationsrechtliche Können, Dürfen oder Müssen eines Verfassungsrechtssubjekts als solchem (sog. materielle Subjektstheorie²), weshalb diese Streitigkeit auch nicht verfassungsrechtlicher Art ist. Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich. Deshalb ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Fraglich ist, welche Klageart statthaft ist. Dies richtet sich maßgeblich nach dem klägerischen Begehren, wie es sich nach verständiger Würdigung der Sach- und Rechtslage darstellt (vgl. § 88 VwGO). Hier könnte die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthaft sein. Dafür müsste T die Aufhebung eines Verwaltungsaktes durch das Gericht begehren. T begehrt die gerichtliche Aufhebung der Gewerbeuntersagung nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO. Bei der Gewerbeuntersagung handelt es sich um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln. Demnach ist die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthafte Klageart.

¹ Zu den Abgrenzungstheorien *Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 23. Aufl. 2025, Rn. 1323 ff.; *Siegel*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2024, Rn. 31 ff.

² Die Literatur (*Detterbeck*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 23. Aufl. 2025, Rn. 1327) geht zwar in Teilen davon aus, dass die Formel von der „doppelten Verfassungsunmittelbarkeit“ im Grundsatz weiterhin anzuerkennen ist. Spätestens seit dem eindeutigen Bekenntnis des BVerwG (NVwZ 2025, 856 [858 f. Rn. 20, 25]) zur materiellen Subjektstheorie ist von der Anwendung der Formel von der „doppelten Verfassungsunmittelbarkeit“ in der Klausur jedoch Abstand zu nehmen.

III. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)

Zudem müsste T klagebefugt sein (§ 42 Abs. 2 VwGO). Dies ist dann der Fall, wenn er geltend macht, durch die Gewerbeuntersagung in seinen Rechten verletzt zu sein. Dafür genügt bereits die Möglichkeit einer solchen Rechtsverletzung. Hier erscheint nicht unter jedem erdenklichen Gesichtspunkt ausgeschlossen, dass die Gewerbeuntersagung T in seiner Gewerbefreiheit aus § 1 Abs. 1 GewO verletzt. Hilfsweise ist angesichts einer anzunehmenden subjektiv berufsregelnden Tendenz der Gewerbeuntersagung auf eine potenzielle Verletzung seiner grundrechtlich geschützten Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, subsidiär auf eine potenzielle Verletzung seiner allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG (sog. Adressatentheorie)³ abzustellen. Damit ist T klagebefugt.

IV. Ordnungsgemäß, aber erfolglos durchgeführtes Vorverfahren (§§ 68 ff. VwGO)

Zudem müsste T das nach § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO bei Anfechtungsklagen grds. statthafte und hier nicht nach § 68 Abs. 1 S. 2 VwGO entbehrliche Vorverfahren ordnungsgemäß, aber erfolglos durchgeführt haben. Dies setzt nach §§ 69, 70 Abs. 1 S. 1 VwGO eine form- und fristgemäße Erhebung eines Widerspruchs bei der Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, voraus. Von der Einhaltung der Schriftform ist laut Sachverhalt auszugehen. Das Bezirksamt Treptow-Köpenick hat die Gewerbeuntersagung erlassen.

Allerdings müsste T den Widerspruch auch innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe erhoben haben (§ 70 Abs. 1 S. 1 VwGO). Nach § 41 Abs. 2 S. 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln. gilt ein schriftlicher Verwaltungsakt, der im Inland durch die Post übermittelt wird, am vierten Tag nach der Aufgabe zur Post als bekannt gegeben (sog. Vier-Tages-Fiktion). Die Gewerbeuntersagung wurde am 8.4.2025 zur Post aufgegeben. Damit gilt sie am 12.4.2025 als bekannt gegeben.⁴ Dem steht auch nicht entgegen, dass die Gewerbeuntersagung T bereits am 9.4.2025 zugeing (arg. e contr. § 41 Abs. 2 S. 3 Hs. 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln.).⁵ Fristbeginn ist somit nach § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1 ZPO, § 187 Abs. 1 BGB der 13.4.2025.⁶ Fristende ist nach § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1 ZPO, § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB der 12.5.2025. Damit war die Erhebung des Widerspruchs am 13.5.2025 fristgemäß.

Dem Widerspruch wurde nicht abgeholfen, weswegen er auch erfolglos war. Damit wurde das Vorverfahren ordnungsgemäß, aber erfolglos durchgeführt.

V. Klagefrist (§ 74 Abs. 1 S. 1 VwGO)

Mangels anderweitiger Hinweise im Sachverhalt ist davon auszugehen, dass die Anfechtungsklage des T innerhalb eines Monats nach Zustellung des Widerspruchsbescheids erhoben wurde (§ 74 Abs. 1 S. 1 VwGO).

³ BVerwG NJW 1988, 2752 f.; Wysk, in: Wysk, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4. Aufl. 2025, § 42 Rn. 128.

⁴ Bei der Berechnung der Vier-Tages-Fiktion ist nach herrschender Auffassung nicht maßgeblich, dass der 12.4.2025 auf einen Samstag fällt; § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 2 ZPO finden keine Anwendung: krit. Tiedemann, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.4.2026, § 41 Rn. 70 m.w.N.

⁵ Tiedemann, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.4.2026, § 41 Rn. 71.

⁶ Zwar ist strittig, ob sich die Berechnung der Widerspruchsfrist nach § 57 Abs. 2 VwGO oder nach § 31 Abs. 1 VwVfG richtet, der Streit ist letztlich aber nicht entscheidungserheblich, weil jeweils die BGB-Vorschriften entsprechende Anwendung finden: Kimmel, in: BeckOK VwGO, Stand: 1.1.2026, § 57 Rn. 2.

VI. Sonstige Sachentscheidungsvoraussetzungen

Zuständiges Gericht ist nach §§ 45, 52 Nr. 3 S. 1 VwGO i.V.m. § 5 S. 1 JustG Bln. das VG Berlin.

Angesichts einer in Berlin fehlenden Regelung i.S.d. § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO ist das Land Berlin als Rechtsträger des Bezirksamtes Treptow-Köpenick richtiger Klagegegner nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO.

Als natürliche Person ist T nach § 61 Nr. 1 Alt. 1 VwGO beteiligtenfähig. Die Beteiligtenfähigkeit des Landes Berlin als Gebietskörperschaft und damit juristische Person des öffentlichen Rechts richtet sich nach § 61 Nr. 1 Alt. 2 VwGO.

Die Prozessfähigkeit des T ergibt sich aus § 62 Abs. 1 Nr. 1 VwGO. Das Land Berlin ist als juristische Person nach § 62 Abs. 3 VwGO (ggf. analog)⁷ prozessfähig und handelt durch seine gesetzlichen Vertreter.

Die Postulationsfähigkeit des T, also die Fähigkeit, ohne Vertretung am Verwaltungsprozess teilzunehmen, ergibt sich aus § 67 Abs. 1 VwGO.

Mangels anderweitiger Hinweise im Sachverhalt ist von einer ordnungsgemäßen Klageerhebung durch T nach §§ 81 f. VwGO auszugehen.

Das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis ist indiziert.

VII. Zwischenergebnis

Die Klage des T ist zulässig.

B. Begründetheit des Ausgangsfalls

Die Anfechtungsklage ist begründet, soweit die Gewerbeuntersagung rechtswidrig und T dadurch in seinen Rechten verletzt ist (§ 113 Abs. 1 S. 1 VwGO).

I. Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung

Die Gewerbeuntersagung ist rechtmäßig, soweit sie auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage beruht (1.) und formell (2.) wie materiell rechtmäßig (3.) ist.

1. Taugliche Ermächtigungsgrundlage

Taugliche Ermächtigungsgrundlage für die Gewerbeuntersagung ist § 15 Abs. 2 S. 1 GewO.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Die Gewerbeuntersagung ist formell rechtmäßig.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Die Gewerbeuntersagung ist ferner materiell rechtmäßig, wenn die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage vorliegen (Tatbestand, a)) und die Behörde eine ordnungsgemäße Rechtsfolge gewählt hat (b)).

⁷ Nach h.M. gilt § 62 Abs. 3 VwGO auch für juristische Personen: *Buchheister*, in: *Wysk, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, 4. Aufl. 2025, § 62 Rn. 7.

a) Tatbestand

aa) Zulassungspflichtiges stehendes Gewerbe

T müsste zunächst ein stehendes Gewerbe betreiben, das der Zulassung bedarf.

Hinweis: Vertiefte Kenntnisse zum Gewerbebegriff sind keineswegs erwartbar, aber zu honorieren. Doch selbst von durchschnittlichen Bearbeiter*innen ist zu erwarten, dass sie die zum Pflichtfachstoff des Handelsrechts gehörende Gewerbefinition als Vorlage nutzen, um eine eigenständige Gewerbefinition für das dem Öffentlichen Recht zugehörige Gewerberecht zu entwickeln.

Unter einem Gewerbe versteht man jede erlaubte selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit, die dauerhaft und mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben wird (Gewerbsmäßigkeit), mit Ausnahme der Urproduktion, freier Berufe und der bloßen Verwaltung und Nutzung eigenen Vermögens (Gewerbsfähigkeit).⁸

Dass T bisher nur einen Auftraggeber hat, lässt insbesondere an der Dauerhaftigkeit und der Selbstständigkeit zweifeln.

Dauerhaftigkeit meint eine erkennbare Wiederholungs- und Fortsetzungsabsicht.⁹ Die „Museumswächter-Agentur“ betreibt T bereits seit mehreren Monaten und möchte sie auch – mangels gegenteiliger Anhaltspunkte – in Zukunft weiter betreiben. Zwar erscheint es angesichts der Äußerungen des Naturkundemuseums naheliegend, dass die dortige Tätigkeit des T nicht unbegrenzt weitergehen wird. T will aber für die Zukunft weitere Auftraggeber*innen akquirieren. Mithin ist die Tätigkeit des T durch Dauerhaftigkeit gekennzeichnet.

Selbstständig ist, wer im Außenverhältnis auf eigene Rechnung und eigene Gefahr im eigenen Namen auftritt und im Innenverhältnis in persönlicher und sachlicher Unabhängigkeit eigenverantwortlich handelt (im Gegensatz zu Arbeitnehmer*in).¹⁰ T betreibt die „Museumswächter-Agentur“ allein und ist in keiner Weise von einer anderen Person abhängig. Allein der Umstand, dass er bisher nur einen Auftraggeber hat, begründet angesichts der weitestgehenden Entscheidungsfreiheit noch keine abhängige Beschäftigung. Zwar macht das Naturkundemuseum dem T inhaltliche Vorgaben, etwa zu seinem Verhalten beim Melden von Auffälligkeiten. Doch dass die Wünsche des Auftraggebers bei der Ausführung der Tätigkeit Berücksichtigung finden und T deshalb seine Entscheidungen an die Bedürfnisse des Auftraggebers anpassen muss, ist auch bei selbstständigen Tätigkeiten nicht ungewöhnlich. T handelt deshalb selbstständig.

T betreibt mit der „Museumswächter-Agentur“ daher ein Gewerbe.

Stehend ist wiederum jedes Gewerbe, das kein Markt- (§§ 64 ff. GewO) oder Reisegewerbe (§§ 55 ff. GewO) ist. Ein Reisegewerbe betreibt insbesondere, wer gewerbsmäßig ohne vorhergehende Bestellung ohne eine gewerbliche Niederlassung Leistungen anbietet (§ 55 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 GewO). Fraglich erscheint hier insbesondere, ob T seine Leistungen ohne vorhergehende Bestellung anbietet. Unter einer Bestellung versteht man im Sinne des Schutzzweckes des Reisegewerberechts,

⁸ BVerwG NVwZ 2003, 603 f.; Ehlers, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 18 Rn. 12; Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 10 Rn. 4.

⁹ Ehlers, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 18 Rn. 18; Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 10 Rn. 12.

¹⁰ Ehlers, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 18 Rn. 20 f.; Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 10 Rn. 13 f.

Verbraucher*innen vor Überrumpelung zu schützen, die der Initiative der Kund*innen zurechenbare Aufforderung zum Geschäftsabschluss.¹¹

T hat durch seine Website und den damit einhergehenden Werbeeffect zwar den Auftrag des Naturkundemuseums „provoziert“. Jedoch konnte das Naturkundemuseum ohne die Gefahr der Überrumpelung selbst entscheiden, ob es auf das Angebot des T eingeht und ihn kontaktiert oder nicht. Im Gegensatz zu einer persönlichen Ansprache potenzieller Kund*innen wirkt digitale Werbung nicht derartig auf die Entscheidungsfreiheit der potenziellen Kund*innen ein, dass die Initiative des Geschäftsabschlusses nicht mehr diesen zuzurechnen wäre.¹² Wegen der vorhergehenden Bestellung betreibt T daher kein Reisegewerbe.

Anhaltspunkte für ein Marktgewerbe bestehen ebenfalls nicht.

Bei diesem Gewerbe handelt es sich mithin um ein stehendes Gewerbe.

Hinweis: Sofern die Studierenden für die Qualifizierung eines stehenden Gewerbes ausgehend vom Wortlautverständnis „stehend“ entgegen der h.M. nicht systematisch zu den anderen Gewerbearten abgrenzen, sondern einen festen, gewerblichen Mittelpunkt voraussetzen, müssen sie diskutieren, welche Qualität dieser Mittelpunkt aufweisen muss. Sofern die Angabe einer Telefonnummer als ausreichend erachtet wird, unterscheidet sich die weitere Prüfung nicht. Sofern jedoch eine betriebsnotwendige Infrastruktur, wie z.B. ein Büro, verlangt wird, wäre der Anwendungsbereich der GewO nicht eröffnet, sodass die weitere Prüfung im Hilfsgutachten erfolgen müsste.

Dieses Gewerbe ist nach § 34a Abs. 1 S. 1 GewO zulassungspflichtig, wenn T gewerbsmäßig Leben oder Eigentum fremder Personen bewacht. Problematisch erscheint vor allem, ob T mit seiner weitestgehend passiven Tätigkeit als Museumswächter bereits eine Bewachungstätigkeit ausübt. Ob dies der Fall ist, ist durch Auslegung des Begriffs „bewachen“ zu ermitteln.

Dem Wortlaut nach setzt Bewachen voraus, aktiv eine Obhutstätigkeit auszuüben, also darauf aufzupassen, dass nichts passiert, was aus der Sicht des*der zu Schützenden nicht geschehen soll oder nicht erlaubt ist.¹³ Zusätzlich wird es nach überwiegender Auffassung als erforderlich angesehen, dass das Aufpassen darauf, dass etwa Sachen vor dem Abhandenkommen geschützt werden, um seiner selbst willen ausgeübt werde.¹⁴ Demnach könne man bei Tätigkeiten, die nur zufällig oder höchst mittelbar der Abwehr von Gefahren für die schützenden Güter dienen, daran zweifeln, ob dem Wortlaut nach noch ein Bewachen vorliege.¹⁵ T ist hier in dem Museum gerade aus dem Grund tätig, die Exponate des Museums vor Diebstählen und Vandalismus zu schützen. Zu diesem Zweck nimmt er über das bloße Verweilen in seinem Büro auch aktive Tätigkeiten vor. So untersucht er regelmäßig die Fenster und Türen auf Einbruchspuren und überprüft die Überwachungskameras. Gelegentlich wechselt er sogar den Raum. Auch wenn er keine Patrouillengänge vornimmt, die eindeutig ein Aufpassen um des Aufpassens willen begründen würden, so ist doch der Zweck zumindest eines Teils seiner Tätigkeiten, Einbrüche durch aktives Verhalten zu verhindern. T verhält sich also weder die gesamte Nachtzeit über passiv noch ist das Ausbleiben weiterer Einbrüche reiner Zufall. Vielmehr

¹¹ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 10 Rn. 73.

¹² Zumindest soweit diese Werbung ihrerseits mit geltendem Verbraucherschutzrecht in Einklang steht. Vgl. zur Diskussion der sog. „provozierten Bestellungen“ Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, Kommentar, 94. Lfg., Stand: Januar 2025, § 55 Rn. 39.

¹³ Thiel, in: Ennuschat/Wank/Winkler, GewO, Kommentar, 9. Aufl. 2020, § 34a Rn. 6.

¹⁴ Zumindest in der Rechtsprechung ist dies seit längerer Zeit als herrschende Auffassung anzusehen, statt vieler OVG Koblenz NVwZ-RR 1989, 73.

¹⁵ OVG Koblenz NVwZ-RR 1989, 73 f.

besteht die Tätigkeit des T aus aktiven Handlungen, die um des Aufpassens willen vorgenommen. Die Tätigkeit des T unterfällt damit dem Wortlaut des § 34a Abs. 1 S. 1 GewO.

Mit Blick auf die innere Systematik des § 34a GewO werden in § 34a Abs. 1a S. 2 Nr. 1 GewO Kontrollgänge im öffentlichen Verkehrsraum oder in Hausrechtsbereichen mit tatsächlichem öffentlichem Verkehr als Tätigkeiten benannt, die unter den Begriff des Bewachens fallen. Daraus könnte man den Schluss ziehen, dass eine gewisse Vergleichbarkeit zu diesen Tätigkeiten gewahrt sein muss, um eine Tätigkeit als Bewachen einzustufen.¹⁶ T verzichtet jedoch gerade auf Kontrollgänge und übt seine Tätigkeit in einem Hausrechtsbereich aus, der in der Nacht gerade keinen öffentlichen Verkehr aufweist. Eine Vergleichbarkeit scheidet demnach offensichtlich aus. Allerdings erfasst § 34a Abs. 1a S. 2 Nrn. 1–5 GewO nur Fälle des Bewachungsgewerbes, für die eine erfolgreich absolvierte Sachkundeprüfung erforderlich ist. Im Umkehrschluss kann die Nachtwächtertätigkeit des T also jedenfalls als eine Tätigkeit, die keinen Sachkundenachweis erfordert, dem Begriff des Bewachens nach § 34a Abs. 1 S. 1 GewO unterfallen. Die innere Systematik steht daher nicht dem Befund entgegen, dass die Tätigkeit des T vom Wortlaut des Bewachens erfasst ist.

Zuletzt ergibt sich aus § 34a Abs. 1 S. 2 GewO, dass Telos der Erlaubnispflichtigkeit des Bewachungsgewerbes der Schutz der Allgemeinheit und der Auftraggeber*innen ist. Gegenüber anderen Gewerben bestehen beim Bewachungsgewerbe besondere Gefahren, die eine Erlaubnispflichtigkeit notwendig machen¹⁷ – sowohl mit Blick auf den leichten Zugang des Gewerbetreibenden zu den bewachten Gegenständen als auch mit Blick auf die Eskalationsgefahr bei Angriffen auf die zu schützenden Gegenstände¹⁸. T befindet sich als Nachtwächter innerhalb des Museums. Anders als bei außerhalb des Gebäudes tätigen Objektschützer*innen hat T damit unmittelbaren Zugriff auf alle Exponate. Außerdem befindet sich T die gesamte Nacht in dem Museum, weswegen die abstrakte Wahrscheinlichkeit, Einbrecher*innen anzutreffen, noch größer ist als bei außerhalb des Gebäudes tätigen Objektschützer*innen. Folglich ist es bei teleologischem Vergleich erst recht nötig, für T als Nachtwächter eine erlaubnispflichtige Tätigkeit anzunehmen. Somit spricht das Telos sogar ausdrücklich dafür, die Tätigkeit des T dem Anwendungsbereich des § 34a Abs. 1 S. 1 GewO zu unterwerfen.

Letztlich sprechen die besseren Argumente dafür, die Tätigkeit des T als Bewachen i.S.d. § 34a Abs. 1 S. 1 GewO einzustufen.

Hinweis: Eine andere Auffassung ist mit entsprechender Begründung gut vertretbar. Von den Studierenden wird für eine durchschnittliche Bearbeitung zumindest erwartet, eine eigene Definition für „Bewachen“ anhand einer Auslegung nach den klassischen Auslegungskanon (mit Ausnahme der Historie) zu entwickeln und diesen zu subsumieren.

Sofern die Studierenden die Annahme eines Bewachungsgewerbes ablehnen, müssten sie die Zulässigkeit des Austausches der Ermächtigungsgrundlage hin zu einer Verfügung nach § 35 Abs. 1 S. 1 GewO diskutieren, die die herrschende Meinung grds. bejaht¹⁹. Während allerdings § 15 Abs. 2 S. 1 GewO als Ermessensverwaltungsakt nur an die objektive Rechtswidrigkeit der einschlägigen Tätigkeit anknüpft, beruht § 35 Abs. 1 S. 1 GewO auf Umständen in der Person des*der Gewerbetreibenden, weswegen der Verwaltungsakt in seinem Wesen verändert würde und ein Austausch der Ermächtigungsgrund-

¹⁶ Schaks, JA 2018, 687 (692 f.).

¹⁷ Schaks, JA 2018, 687 (693).

¹⁸ VGH München GewA 2014, 251 (252 Rn. 25).

¹⁹ Bamberger, in: Wysk, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 4. Aufl. 2025, § 113 Rn. 20 m.w.N.: Grenze dieses Austausches der Ermächtigungsgrundlage ist die Wesensänderung des Verwaltungshandelns oder die Beeinträchtigung der Rechtsverteidigung der Kläger*innen.

lage daher ausscheidet.²⁰ Die nachfolgenden Ausführungen wären dann hilfsgutachtlich i.R.d. § 15 Abs. 2 S. 1 GewO zu prüfen.

Sollten dennoch die Voraussetzungen des § 35 Abs. 1 S. 1 GewO geprüft oder sollte eine hilfsgutachtliche Prüfung des § 15 Abs. 2 S. 1 GewO ohne nähere Begründung vorgenommen werden, sollte dies angesichts der Komplexität dieses Problems nicht allzu stark negativ ins Gewicht fallen, auch wenn der Sachverhalt sowohl die Norm des § 15 Abs. 2 S. 1 GewO als auch die Norm des § 35 Abs. 1 S. 1 GewO erwähnt. Dementsprechend wäre eine solche Diskussion nur von erheblich überdurchschnittlichen Bearbeitungen zu erwarten.

Die übrigen Voraussetzungen des § 34a Abs. 1 S. 1 GewO liegen ebenso vor. Damit betreibt T ein zulassungspflichtiges stehendes Gewerbe.

bb) Fehlende Zulassung

T hat die Zulassung zwar bereits beantragt. Diese wurde ihm aber noch nicht erteilt, weshalb ihm die Zulassung fehlt.

Hinweis: Trotz eines Zeitraums von mehr als drei Monaten seit Stellung des Antrags auf Erteilung einer Gewerbeerlaubnis nach § 34a Abs. 1 S. 1 GewO durch T ohne Sachentscheidung des Bezirksamts Treptow-Köpenick tritt keine Genehmigungsfiktion nach § 6a Abs. 1 GewO i.V.m. § 42a Abs. 1 S. 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln. ein. In § 6a Abs. 1 GewO wird nämlich keine Genehmigungsfiktion für den Fall des § 34a Abs. 1 S. 1 GewO angeordnet. Die Prüfung einer etwaigen Genehmigungsfiktion ist allerdings nur von herausragenden Bearbeitungen zu erwarten.

cc) Richtige*r Adressat*in

T ist als derjenige, der die „Museumswächter-Agentur“ selbstständig betreibt, der Gewerbetreibende und damit richtiger Adressat²¹ i.S.d. § 15 Abs. 2 S. 1 GewO.

dd) Zwischenergebnis

Der Tatbestand des § 15 Abs. 2 S. 1 GewO ist gegeben.

b) Rechtsfolge

§ 15 Abs. 2 S. 1 GewO räumt auf Rechtsfolgenebene Ermessen ein („kann“). Die Ermessenausübung ist gerichtlich aber nur eingeschränkt auf sog. Ermessensfehler überprüfbar (§ 40 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln., § 114 S. 1 VwGO).

Hier kommt eine Ermessensüberschreitung auf Ebene des Entschließungsermessens in Betracht, wenn allein der Umstand, dass T nicht über die erforderliche Gewerbeerlaubnis nach § 34a Abs. 1 S. 1 GewO verfügt (formelle Illegalität), nicht für die Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung genügt, sondern stattdessen der Antrag auf Erteilung der Gewerbeerlaubnis auch negativ beschieden werden müsste (materielle Illegalität). Fraglich ist somit, ob eine ordnungsgemäße Ermessensausübung

²⁰ Diese Argumentation im Rahmen der detaillierten Überprüfung der Umdeutung einer glücksspielrechtlichen Untersagungsverfügung aufgreifend VG Berlin, Beschl. v. 2.4.2008 – 35 A 52/08 = BeckRS 2008, 34990 Rn. 37.

²¹ Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 231.

voraussetzt, dass über die fehlende formelle Erlaubnis hinaus der Erteilung der Erlaubnis auch materielle Versagungsgründe entgegenstehen.

Dem Wortlaut des § 15 Abs. 2 S. 1 GewO zufolge kommt es nur auf den Betrieb eines (stehenden) zulassungspflichtigen Gewerbes ohne Zulassung an, sodass eine Gewerbeuntersagung grds. auch bei bloß formeller Illegalität in Frage kommt.²² Allerdings bezieht sich dieses Wortlautargument nur auf den Tatbestand des § 15 Abs. 2 S. 1 GewO. Nur weil ein bestimmter Sachverhalt den Tatbestand einer Ermächtigungsgrundlage erfüllt, führt dies nicht automatisch dazu, dass der Verwaltungsakt rechtmäßig ist, wenn der Behörde Ermessen eingeräumt worden ist. Vielmehr muss die Behörde bei der Ermessensausübung ihre Bindung an Gesetz und Recht, insbesondere ihre Grundrechtsbindung, beachten (Art. 20 Abs. 3, Art. 1 Abs. 3 GG). Demzufolge ist angesichts von Verhältnismäßigkeitserwägungen zu beachten, dass die Gewerbeuntersagung nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO stets ultima ratio bleiben muss, um in die Berufsfreiheit der Gewerbetreibenden aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht ungerechtfertigt einzugreifen.²³ Das bedeutet, dass zumindest in den Fällen, in denen die Zulassung bereits beantragt wurde oder alsbald beantragt werden soll und dem Antrag wegen materieller Genehmigungsfähigkeit auch mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit stattgegeben würde, ein milderer gleichgeeignetes Mittel gegenüber der Gewerbeuntersagung in Form der Erteilung der Zulassung existiert und daher eine Gewerbeuntersagung nicht erforderlich wäre; das Ermessen der Behörde wäre somit bei lediglich formeller Illegalität auf Null reduziert.²⁴

Hinweis: Der Sachverhalt bietet genügend Anhaltspunkte für diese dogmatische Konstruktion. Insofern können Studierende auch eine Transferleistung zum allseits bekannten Problem der formellen bzw. materiellen Illegalität der baulichen Anlage bei einer Nutzungsuntersagung im Baurecht erbringen. Alternativ erscheint es denkbar, eine Verletzung der Berufsfreiheit des T für den Fall eines Anspruchs auf die begehrte Erlaubnis mangels einschlägiger Versagungsgründe wie der Unzuverlässigkeit anzunehmen und dies ebenfalls als Ermessensüberschreitung auf Rechtsfolgenebene zu prüfen. Entscheidend ist nur, die Unzuverlässigkeitsprüfung dogmatisch stimmig auf Rechtsfolgenebene einzubetten.

T hat vorliegend vorsorglich die Zulassung beantragt.

Allerdings könnte der materiellen Genehmigungsfähigkeit des Gewerbes die potenzielle Unzuverlässigkeit des T als Versagungsgrund entgegenstehen (§ 34a Abs. 1 S. 3 Nr. 1 GewO).

Nach § 34a Abs. 1 S. 3 Nr. 1 GewO ist die Erlaubnis zu versagen, wenn der Gewerbetreibende nicht die erforderliche Zuverlässigkeit besitzt. Mangels Regelunzuverlässigkeit nach § 34a Abs. 1 S. 4 GewO ist ein ungeschriebener Fall der Unzuverlässigkeit zu prüfen. Danach ist unzuverlässig, wer nach dem Gesamtbild seines gewerbebezogenen Verhaltens keine Gewähr für eine künftige ordnungsgemäße Ausübung der gewerblichen Tätigkeit, also vor allem für eine Einhaltung der geltenden Rechtsordnung, bietet.²⁵ Ob dies der Fall ist, ist bereichsspezifisch mit Blick auf die Eigenart des jeweiligen Gewerbes zu untersuchen.²⁶ Das Merkmal der Unzuverlässigkeit ist dabei ein unbestimmter Rechtsbegriff ohne Beurteilungsspielraum, der der vollen gerichtlichen Überprüfung unterliegt.²⁷

²² Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 318.

²³ Schröder, in: Schulte/Kloos, Handbuch Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2016, § 6 Rn. 38.

²⁴ Ehlers, in: Ehlers/Fehling/Pünder, Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. 1, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 18 Rn. 49; Ruthig/Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2020, § 3 Rn. 318.

²⁵ Ennuschat, in: Ennuschat/Wank/Winkler, GewO, Kommentar, 9. Aufl. 2020, § 35 Rn. 27, 29, 31.

²⁶ Marcks/Heß, in: Landmann/Rohmer, GewO, Kommentar, 91. Lfg., Stand: März 2023, § 35 Rn. 31.

²⁷ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 10 Rn. 45.

Zunächst müsste der Unzuverlässigkeitsprognose gewerbebezogenes Verhalten des T zugrunde gelegt werden können. Ein solches könnte in dem der Verurteilung des T durch das Amtsgericht wegen Verstoßes gegen das Gewaltschutzgesetz zugrundeliegenden Sachverhalt²⁸ gesehen werden. Nach den Feststellungen des zuständigen Amtsgerichts hat T entgegen der gegen ihn erlassenen einstweiligen Anordnung Kontakt zu seiner ehemaligen Lebensgefährtin, der O, aufgenommen, indem er ihr eine SMS schrieb. T wurde zu einer Gesamtgeldstrafe von 50 Tagessätzen verurteilt. Bei diesem Verhalten handelt es sich zwar um ein Verhalten aus dem Privatleben des T. Doch sind nicht notwendigerweise Verhaltensweisen der gewerbetreibenden Person heranzuziehen, die in Ausübung des Gewerbes entstanden sind. Vielmehr genügt es, dass die in Rede stehenden Verhaltensweisen den Schluss zulassen, dass der*die Gewerbetreibende gerade mit Blick auf das betroffene Gewerbe unzuverlässig sein könnte.²⁹

Eine Tätigkeit im Bewachungsgewerbe betrifft nicht nur die Interessen der Auftraggeber*innen, sondern auch die der Allgemeinheit (vgl. § 34a Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GewO), weshalb ein besonnenes, deeskalierendes Auftreten in Konfliktsituationen unerlässlich ist.³⁰ Außerdem ist bei der Ausübung der „Jedermann-Rechte“ nach § 34a Abs. 5 GewO insb. die strikte Wahrung des Erforderlichkeitsgrundsatzes aus § 34a Abs. 5 S. 2 GewO vonnöten, was gerade in konfliktträchtigen Situationen unter Anwendung körperlicher Gewalt ein besonderes Verantwortungsbewusstsein der im Bewachungsgewerbe tätigen Person voraussetzt.³¹ Von einer im Bewachungsgewerbe tätigen Person muss somit zum Schutz der Allgemeinheit erwartet werden, dass sie diese Verhaltensweisen insgesamt verinnerlicht hat, also diese auch im privaten Bereich an den Tag legt. Mithin weist das Konfliktverhalten des T in seinem Privatleben nach der Trennung von O Gewerbebezug auf.

Zuletzt müsste das vergangene (und gegenwärtige) Konfliktverhalten des T gegenüber O die Prognose tragen, dass dieser künftig seine gewerbliche Tätigkeit wahrscheinlich nicht im Rahmen der geltenden Rechtsordnung ordnungsgemäß ausüben wird (negative Verhaltensprognose). T hat die geltende Rechtsordnung missachtet, indem er sich über das Kontaktverbot nach § 1 Abs. 1 S. 3 Nr. 4 und Abs. 2 S. 1 Nr. 2 lit. b Gewaltschutzgesetz hinweggesetzt hat. Außerdem ist zu berücksichtigen, dass gerade persönliche Konflikte in engen Nähebeziehungen in besonderer Weise die (Un-)Fähigkeit zur im Bewachungsgewerbe unerlässlichen Impulskontrolle aufzeigen.³² Die bis zu seiner Verurteilung führenden Verhaltensweisen des T offenbaren daher eine grundsätzliche Unfähigkeit, das Bewachungsgewerbe ordnungsgemäß und gewaltfrei auszuüben.

Allerdings ist die Frage aufzuwerfen, ob der Zeitablauf seit der Tat (ca. fünf Jahre) der Annahme entgegensteht, dass T dieses Verhalten auch zukünftig an den Tag legen wird. Dies ist auf Grundlage einer Gesamtwürdigung aller einschlägigen Umstände zu beantworten, in die namentlich die Art und Umstände der Delikte sowie die Entwicklung der Persönlichkeit des Betroffenen einzubeziehen sind.³³ Der der Verurteilung zugrundeliegende Sachverhalt bestärkt allerdings die Zweifel an der (generellen) Fähigkeit des T zur gewalt- und bedrohungsfreien Konfliktlösung. So hat er unter anderem geäußert, dass das Ganze für O „kein gutes Ende nehmen“ und sie „für alles bezahlen“ werde. Ausweislich des Schlussberichts der Polizei ging diese nach Auswertung des Sachverhalts von einem hohen

²⁸ Die maßgebliche Tatsache ist grds. nicht in der strafgerichtlichen Verurteilung, sondern in der begangenen Tat selbst zu sehen: *Ennuschat*, in: *Ennuschat/Wank/Winkler, GewO, Kommentar*, 9. Aufl. 2020, § 35 Rn. 30.

²⁹ *Ziekow*, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 6. Aufl. 2024, § 10 Rn. 43.

³⁰ VG Potsdam GewArch 2024, 78 (79 Rn. 8).

³¹ VG Ansbach, Beschl. v. 24.1.2025 – AN 4 E 25.80, Rn. 65 (juris).

³² VG Potsdam GewArch 2024, 78 (79 Rn. 8).

³³ VGH München, Beschl. v. 19.9.2023 – 22 ZB 22.2089 = BeckRS 2023, 31908 Rn. 19; *Marcks/Heß*, in: *Landmann/Rohmer, GewO, Kommentar*, 79. Lfg., Stand: Juni 2018, § 35 Rn. 41a m.w.N.

Gefahrenpotenzial für Leib und Leben der O aus. Zwar hat T (erstmalig) im Widerspruchsverfahren ein Fehlverhalten einräumt. Doch zuvor hat dieser noch jegliches Fehlverhalten von sich gewiesen und O vorgeworfen, falsche Angaben getätigt zu haben. Ein nachhaltiger innerer Einstellungswandel, der der Schwere des Delikts angemessen erscheint, ist darin noch nicht zu erblicken. Der Einwand, T habe in seiner neuen Beziehung ein vergleichbares Verhalten nicht erneut an den Tag gelegt, kann bereits aus dem Grund nicht durchdringen, dass der Anlass in der Trennung lag, zu der es in der neuen Beziehung gerade noch nicht gekommen ist. Mithin ist davon auszugehen, dass T auch in Zukunft nicht in der Lage sein wird, die für das Bewachungsgewerbe notwendige Fähigkeit zur gewalt- und bedrohungsfreien Konfliktlösung im Bedarfsfall einzusetzen.

Hinweis: Eine andere Auffassung ist mit entsprechender Begründung gut vertretbar. Durchschnittliche Bearbeitungen sollten zumindest erkennen, dass die Unzuverlässigkeitsprüfung eine Prognoseentscheidung voraussetzt. Im Rahmen dieser Prognoseentscheidung sollten dann die im Sachverhalt gegebenen Hinweise verwertet werden.

Sollten die Studierenden Erwägungen dazu anstellen, dass T ein (grundrechtlich durch Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistet³⁴) Recht auf Resozialisierung nach einer strafgerichtlichen Verurteilung zusteht, so ist dies besonders zu honorieren. Gleichwohl spricht vieles dafür, dass im präventiven zukunftsgerichteten Gefahrenabwehrrecht über die Unzuverlässigkeit als solche unabhängig von der repressiv wirkenden vergangenheitsorientierten strafgerichtlichen Verurteilung und einem Recht auf Resozialisierung entschieden werden darf.³⁵ Allerdings ist das Verwertungsverbot des § 51 BZRG bei der Unzuverlässigkeitsprognose zu berücksichtigen.³⁶

Somit ist T unzuverlässig i.S.d. § 34a Abs. 1 S. 3 Nr. 1 GewO und die gewerbliche Tätigkeit des T materiell nicht genehmigungsfähig. Die Behörde hat deshalb das ihr eingeräumte Ermessen nicht überschritten.

II. Zwischenergebnis

Die Gewerbeuntersagung ist rechtmäßig und verletzt T nicht in seinen subjektiven Rechten.

C. Ergebnis des Ausgangsfalls

Die Klage des T ist zulässig, aber nicht begründet. Seine Klage wird deshalb keinen Erfolg haben.

Abwandlung

Fraglich ist, welche Klageart statthaft ist. Dies richtet sich maßgeblich nach dem Begehren des Klägers T (vgl. § 88 VwGO). T will hier das Schreiben des Bezirksamts an seinen Arbeitgeber mit der Feststellung seiner vermeintlichen Unzuverlässigkeit aus der Welt schaffen. Hierfür ist die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO statthafte Klageart, wenn es sich bei der Feststellung der vermeintlichen Unzuverlässigkeit des T um einen sog. feststellenden Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln. handelt. Der feststellende Verwaltungsakt ist aber stets von einem bloßen

³⁴ BVerfG, Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 16/13 (Recht auf Vergessenwerden I), Rn. 98 ff.

³⁵ Brünig, in: BeckOK GewO, Stand: 1.6.2026, § 35 Rn. 85a.

³⁶ Marcks/Heß, in: Landmann/Rohmer, GewO, Kommentar, 79. Lfg., Stand: Juni 2018, § 35 Rn. 41.

Realakt abzugrenzen. Entscheidendes Abgrenzungskriterium ist dabei die Regelungswirkung eines feststellenden Verwaltungsakts. Eine Regelungswirkung setzt voraus, dass die Feststellung des Bezirksamts ihrem Erklärungsgehalt nach darauf gerichtet ist, unmittelbar eine Rechtsfolge zu setzen. Das ist dann der Fall, wenn Rechte des Betroffenen mit bindender Wirkung festgestellt oder verneint werden.³⁷

I. Regelungswirkung der Unzuverlässigkeitsfeststellung

Ausgehend vom Vorbringen des T zeigt § 34a Abs. 3 GewO, dass das Ergebnis der Auskunft nach § 41 Abs. 1 Nr. 9 BZRG einschließlich der für die Beurteilung der Zuverlässigkeit erforderlichen Daten an den Gewerbetreibenden nur übermittelt werden darf. Eine Verwaltungsaktsbefugnis, die (Un-)Zuverlässigkeit einer Wachperson des Gewerbetreibenden bereits im Rahmen dieser Mitteilung verbindlich festzustellen, ergibt sich aus § 34a Abs. 3 GewO hingegen nicht. Dies wird auch dadurch untermauert, dass § 34a Abs. 4 GewO stattdessen eine Verwaltungsaktsbefugnis in Form einer Beschäftigungsuntersagung beinhaltet, eine vorherige bindende Feststellung der (Un-)Zuverlässigkeit demgegenüber aber gerade ein aliud darstellt. Folglich könnte man allein aus der fehlenden Befugnis zum Erlass eines Verwaltungsakts darauf schließen, dass es sich nicht um einen Verwaltungsakt handelt.³⁸

Jedoch ist zu berücksichtigen, dass die Frage der Verwaltungsaktsbefugnis lediglich das rechtliche Dürfen der Behörde determiniert, aber keine Aussagen über das rechtliche Können trifft. Entscheidend für die Qualifizierung der Feststellung als Verwaltungsakt ist der von der Behörde gewollte Erklärungsgehalt, wie er von einem objektiven Dritten nach §§ 133, 157 BGB analog³⁹ verstanden werden durfte, nicht der von der Rechtsordnung gebilligte Erklärungsgehalt. Allerdings ist der von der Behörde gewollte Erklärungsgehalt in Zweifelsfällen so zu verstehen, dass er im Einklang mit geltendem Recht steht.⁴⁰ Dementsprechend ist der gesamte Regelungszusammenhang neben dem objektiven Erklärungsgehalt als zusätzliches Kriterium für die Prüfung der Regelungswirkung heranzuziehen.⁴¹

Ausweislich des Sachverhalts ging es dem Bezirksamt hier aber gerade darum, isoliert die Unzuverlässigkeit des T festzustellen, obwohl sie die Möglichkeit gehabt hätte, sogleich eine Beschäftigungsuntersagung nach § 34a Abs. 4 GewO auszusprechen. Dies spricht entgegen der fehlenden Verwaltungsaktsbefugnis für den Erklärungsgehalt einer verbindlichen Feststellung der Unzuverlässigkeit.

Demgegenüber würde eine isolierte Feststellung der Unzuverlässigkeit des T dazu führen, dass diese Feststellung in Bestandskraft erwachsen kann. Bei der Unzuverlässigkeit handelt es sich jedoch nicht um einen feststehenden Zustand, sondern um eine momentane Eigenschaft der Wachperson, die immer zum konkreten Zeitpunkt festzustellen ist. Eine Wachperson kann die Zuverlässigkeit verlieren, aber auch wiedererlangen. Eine grds. für die Ewigkeit festgestellte Unzuverlässigkeit des T, die das Bezirksamt erst wieder nach §§ 48 f. VwVfG i.V.m. § 1 Abs. 1 VwVfG Bln. aufheben

³⁷ VG Berlin, Urt. v. 21.5.2025 – 4 K 489/24, Rn. 14 (juris).

³⁸ So zumindest die überwiegende Auffassung in der Rechtsprechung, statt vieler VG Berlin, Urt. v. 21.5.2025 – 4 K 489/24, Rn. 19 (juris).

³⁹ Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 26. Aufl. 2025, § 35 Rn. 54.

⁴⁰ Ramsauer, in: Kopp/Ramsauer, VwVfG, Kommentar, 26. Aufl. 2025, § 35 Rn. 56 f.

⁴¹ Pietzcker/Marsch, in: Schoch/Schneider, Verwaltungsrecht, Kommentar, Bände zur VwGO, 38. Lfg., Stand: Januar 2020, § 42 Abs. 1 Rn. 26; v. Alemann/Scheffczyk, in: BeckOK VwVfG, Stand: 1.1.2026, § 35 Rn. 163.

müsste, erscheint nicht mit dem Charakter der Unzuverlässigkeit vereinbar.⁴² Dafür dass die Behörde sich über diesen der Unzuverlässigkeit inhärenten Charakter hinwegsetzen wollte, bestehen keine besonderen Anhaltspunkte. Vielmehr hat die Behörde die Unzuverlässigkeit des T isoliert festgestellt, ohne zugleich eine Beschäftigungsuntersagung nach § 34a Abs. 4 GewO zu erlassen. Dies spricht dafür, dass zumindest die Möglichkeit einer abweichenden Einschätzung der Behörde bis zum Erlass der Beschäftigungsuntersagung besteht. Deshalb ist (unter Berücksichtigung der fehlenden Verwaltungsaktsbefugnis) davon auszugehen, dass es sich bei dieser Feststellung lediglich um die Übermittlung eines vorläufigen behördeninternen Überprüfungsergebnisses ohne Regelungswirkung handelt.

Somit ist grds. die allgemeine Leistungsklage gerichtet auf einen Folgenbeseitigungsanspruch (Widerruf der Mitteilung an den Arbeitgeber) statthafte Klageart.

Hinweis: Letztlich ist die Abgrenzung zwischen feststellendem Verwaltungsakt und bloßem Realakt im Einzelfall sehr schwierig und von einer großen Kasuistik geprägt. Der Antwortspielraum der Studierenden ist dementsprechend weit. Entscheidend ist lediglich, dass diskutiert wird, inwieweit die fehlende Verwaltungsaktsbefugnis Auswirkungen auf die Einstufung als Verwaltungsakt hat und ob dem Erklärungsgehalt der behördlichen Maßnahme eine Regelungswirkung beizumessen ist.

II. Unzuverlässigkeitsfeststellung als Verwaltungsakt im formellen Sinne

Allerdings könnte die Feststellung der Unzuverlässigkeit angesichts des Umstandes, dass das Bezirksamt diese in einem Vorverfahren bestätigt hat, doch mit der Anfechtungsklage angreifbar sein. Das Vorverfahren ist nach § 68 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 VwGO nur vor Erhebung einer Anfechtungsklage oder einer Verpflichtungsklage in Form der Versagungsgegenklage durchzuführen, die aber bei bloßen Realakten grds. nicht statthaft sind. Die statthafte Klageart muss sich jedoch in Anbetracht der Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG nach der von der Behörde gewählten Form der Entscheidung richten und nicht nach dem materiellen Gehalt der Entscheidung. Der Rechtsschutzsuchende trägt insoweit nicht das Risiko der Wahl einer falschen Rechtsschutzform, sondern darf auf die Formenwahl der Behörde vertrauen. Er muss nicht verwaltungsprozessual klüger sein.⁴³ Zwar hat T durch die Widerspruchserhebung ein an sich unstatthafes Vorverfahren initiiert (siehe I.). Doch das Bezirksamt hat den Widerspruch nicht mit Verweis auf die Unstatthaftigkeit des Vorverfahrens beschieden, sondern in der Sache entschieden. Durch den Erlass des Widerspruchsbescheids und den damit gesetzten Rechtsschein ist die Feststellung der Unzuverlässigkeit daher wie ein Verwaltungsakt zu behandeln (sog. Verwaltungsakt im formellen Sinne⁴⁴).

Hinweis: Eine dogmatisch kohärente Diskussion dieses Problems kann nur von deutlich überdurchschnittlichen Bearbeitungen erwartet werden. Es ist bereits zu honorieren, den Umstand, dass die Behörde einen Widerspruchsbescheid erlassen hat, (kritisch) bei der Prüfung der Regelungswirkung zu berücksichtigen.

⁴² VG Berlin, Urt. v. 21.5.2025 – 4 K 489/24, Rn. 18 (juris).

⁴³ Zum Ganzen statt vieler VG Berlin, Urt. v. 21.5.2025 – 4 K 489/24, Rn. 21 (juris).

⁴⁴ Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, Kommentar, 10. Aufl. 2023, § 35 Rn. 16.

III. Ergebnis der Abwandlung

Statthafte Klageart ist damit die Anfechtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO.