

## 203. Bedürfen Stellvertreter im Gewerbebetriebe der Schankwirtschaft einer Erlaubnis?

Gewerbeordnung für den norddeutschen Bund vom 21. Juni 1869  
§§. 33. 45. 46. 47. 147 Ziff. 1 (R.G.Bl. S. 245).

I. Straffenat. Ur. v. 20. Mai 1880 g. G. Rep. 1206/80.

I. Kreisgerichts-Deputation Fischhausen.

II. Oberlandesgericht Königsberg.

Der Schiffskapitän G. betrieb auf Grund erhaltener Konzession in P. eine Schankwirtschaft. Nach dem 1877 erfolgten Tode des G. führte dessen Witwe, die Mitangeklagte, dieses Geschäft durch den Mitangeklagten S., welcher darin schon früher als Commis thätig war, als Stellvertreter, soviel ersichtlich, in demselben Lokale, fort. Ein Gesuch der Witwe G., ihr unmittelbar (für ihre Person) die Genehmigung zum Betriebe der Schankwirtschaft zu erteilen, war abgelehnt worden. Eine Konzession für den Mitangeklagten S. ist nicht beantragt und nicht erteilt, später am 20. Januar 1879 aber in der Verwaltungsstreitsache der Mitangeklagten Witwe G. gegen verschiedene Behörden von dem Kgl. preussischen Oberverwaltungsgerichte zu Berlin auf das dortselbst in der Revisionsinstanz gestellte Gesuch, ihr den „Weiterbetrieb“ ihres Schankgewerbes durch den von ihr benannten Stellvertreter S. zu gestatten, nicht eingegangen worden, weil „in dem durch die Reichsgewerbeordnung §. 6 vorgesehenen Falle, wo nach dem Tode des Gewerbetreibenden das Gewerbe für Rechnung der Witwe während des Wittwenstandes durch einen nach §. 45 qualifizierten Stellvertreter betrieben werden soll, sowenig die Witwe einer Erlaubnis zum Betriebe des Gewerbes durch einen Stellvertreter, wie dieser einer solchen zum Betriebe des Gewerbes für Rechnung der Witwe bedürfe“, indem das Oberverwaltungsgericht von der Anschauung geleitet wurde, daß, wenn schon in einem Falle der hier fraglichen Art eine vorgängige Genehmigung zum Betriebe des Schankgewerbes durch den Stellvertreter einer Witwe im Sinne der R.G.O. §. 33 nicht erforderlich sei, der Polizeibehörde doch das Recht und die Macht zustehe, die Fortführung durch einen persönlich für dieses Gewerbe nicht qualifizierten Stellvertreter wirksam nachträglich zu hindern.

Daß die Polizeibehörde vorliegend den S. für einen persönlich

ungeeigneten Stellvertreter erklärt habe, ist nicht behauptet, nicht festgestellt und auch sonst nicht erkennbar.

Im Anschluß an diese im Verwaltungsgerichtsverfahren ergangene Entscheidung wurden die wegen Zuwiderhandlung gegen §§. 33. 45. 46. 147 R.G.D. angeklagten Witwe G. und S. in beiden Instanzen freigesprochen. Die Nichtigkeitsbeschwerde des Oberstaatsanwaltes, welche auf die principiell abweichende Rechtsprechung des früheren Overtribunales in Berlin hinwies, wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

„Eine Ausübung der Befugnisse zum stehenden Gewerbebetriebe mittels Stellvertretung ist der Regel nach gestattet (R.G.D. §. 45), insbesondere rücksichtlich des Schankgewerbes (§§. 33. 47) keine Ausnahme gemacht.

Der zweite Satz des §. 45 führt indessen an: „Diese“, nämlich die Stellvertreter, „müssen jedoch den für das in Rede stehende Gewerbe insbesondere vorgeschriebenen Erfordernissen genügen“, hat mithin die weiter reichende Fassung der preußischen Gewerbeordnung vom 17. Januar 1845 §. 61 und des Entwurfes der Gewerbeordnung für den norddeutschen Bund §. 43, in denen nach: „müssen jedoch“ zunächst die Worte folgten: „nicht nur für den selbständigen Gewerbebetrieb im allgemeinen“, vermieden.

Der unmittelbar sich anschließende §. 46 R.G.D. — übereinstimmend mit §. 61 der preußischen Gewerbeordnung — lautet:

„Nach dem Tode eines Gewerbebetreibenden darf das Gewerbe für Rechnung der Witwe während des Witwenstandes, oder, wenn minderjährige Kinder vorhanden sind, für deren Rechnung durch einen nach §. 45 qualifizierten Stellvertreter betrieben werden, insofern die über den Betrieb einzelner Gewerbe bestehenden besonderen Vorschriften nicht ein anderes anordnen.“

Entscheidend für die Beurteilung der vorliegenden Frage ist daher der Sinn, in welchem die in §. 45 berührten „Erfordernisse“ zu verstehen sind.

Anerkannt muß nun werden, daß es den Grundsätzen der Auslegung entspricht, den Begriff dieser Erfordernisse zunächst mit Anhalt an die sonstige Terminologie der Gewerbeordnung zu begründen.

Während Titel I der Gewerbeordnung „allgemeine Bestimmungen“ aufstellt, handelt Titel II vom „stehenden Gewerbebetrieb“, unter I.

§. 14 ff. von „allgemeinen Erfordernissen“, namentlich von der Pflicht desjenigen, der „den selbständigen Betrieb eines Gewerbes anfängt“, der landesgesetzlich zuständigen Behörde „gleichzeitig Anzeige zu machen“, unter II von dem „Erfordernis besonderer Genehmigung“, welche bei verschiedenen Voraussetzungen und in verschiedenen Formen (Approbation, Konzession, Beibringung eines Befähigungszeugnisses, Erlaubnis *ic*) für Errichtung einzelner Anlagen (1, §. 16 ff.), oder (2, §. 29 ff.) für Gewerbetreibende bestimmter Kategorien verlangt wird, und fordert speciell im §. 33 Erlaubnis für denjenigen, der „Gastwirtschaft, Schankwirtschaft *ic* betreiben will“ und regelt daselbst die Fälle, in denen diese Erlaubnis allein zu ver-sagen ist.

Da nun §§. 45 ff. unter III über „Umfang, Ausübung und Ver-lust der Gewerbsbefugnisse“ ihre Stelle gefunden haben, liegt es nahe, unter den in §. 45 erwähnten „Erfordernissen für das in Rede stehende Gewerbe insbesondere“, bei mangelnder Unterscheidung sämtliche für das betreffende Gewerbe erteilten Vorschriften, speciell also auch das Erfordernis vorgängiger Einholung der Erlaubnis zur stellvertretenden Ausübung eines Schankgewerbes, zu begreifen, zumal solchen tatsäch-lich auftretenden Stellvertretern gegenüber die ausreichende Handhabung staatlicher Aufsicht ebenwohl unverkennbares Bedürfnis ist. Auch wird eine Einengung der in §. 45 verlangten Erfordernisse auf die Berück-sichtigung der persönlichen Befähigung des betreffenden Stellver-treter's aus dem in §. 46 gewählten, der Gewerbeordnung im übrigen technisch fremden, Ausdruck „qualifizierter Stellvertreter“ kaum herge-leitet werden dürfen, weil der Stellvertreter „nach §. 45“ qualifiziert sein soll und deshalb diese, so bezeichnete Qualifikation nicht nach sonstigen Bedeutungen des Wortes zu deuten ist.

Trotzdem rechtfertigen überwiegende Gründe die beschränktere Aus-legung, welche das preussische Oberverwaltungsgericht und mit ihm das jetzt angefochtene Urteil sich angeeignet haben.

In erster Reihe verdient Beachtung, daß die Motive des Ent-wurfs zur deutschen Gewerbeordnung §§. 45—49 (des jetzigen Gesetzes-textes) hervorheben:

„Die möglichste Erleichterung der Stellvertretung bei Ausübung des stehenden Gewerbes liegt im Interesse der Konservierung der

durch Mühe und Redlichkeit errichteten und erweiterten Geschäfte und gewonnenen Kundschaften“, und daß diese Absicht auch in den Bestimmungen der Gewerbeordnung deutlich verwirklicht worden ist.

Mit diesem beherrschenden Gesichtspunkte läßt sich das Erfordernis besonderer Konzessionierung des Stellvertreters in Ausübung der Befugnisse eines bereits gesetzlich zugelassenen Gewerbetreibenden schwer einigen. Die minder strenge Auffassung wird vielmehr weiter durch die Erwägung gestützt, daß die Gewerbeordnung hinsichtlich der hier in Betracht kommenden Strafnormen in einem erheblichen Punkte von der früheren, im ganzen als Vorbild und Grundlage benutzten, preussischen Gewerbeordnung abweicht.

Während diese die Strafe des §. 177 gegen diejenigen, welche den selbständigen Betrieb eines an eine besondere polizeiliche Genehmigung geknüpften Gewerbes ohne die vorschriftsmäßige Genehmigung unternehmen oder fortsetzen, in §. 179 ausdrücklich „auch“ auf diejenigen, „welche die Stellvertretung eines selbständigen Gewerbetreibenden übernehmen“, ausdehnte und hierzu den §. 61 der preussischen Gewerbeordnung, welchem §. 45 der deutschen Gewerbeordnung entspricht, anzog, hat die letztere eine derartige Bestimmung nicht aufgenommen, sondern die einschlagende Strafe des §. 147 Nr. 1 (vgl. auch §. 148 Nr. 1) nur demjenigen gedroht, welcher „den selbständigen Betrieb“ eines Gewerbes der hier in Betracht kommenden Art ohne Genehmigung unternimmt oder fortsetzt, hiermit aber zu erkennen gegeben, daß das Erfordernis vorgängiger Konzessionierung eines selbständigen Gewerbetreibenden nicht gleichmäßig auch für dessen Stellvertreter gilt.

In Verbindung hiermit steht die Satzung der R.G.D. §. 151.

Danach trifft, wenn der Stellvertreter polizeiliche Vorschriften bei Ausübung des Gewerbes, womit der Verlust der Konzession verbunden ist, mit Vorwissen des Vertretenen übertritt, lediglich diesen Geschäftsinhaber der Verlust der Konzession. Geschaß die Übertretung ohne Vorwissen des Vertretenen, so ist der letztere „bei Verlust der Konzession verbunden, den Stellvertreter zu entlassen“.

Ist sohin hier davon abgesehen worden, dem Stellvertreter selbst den Verlust der Konzession — das einfachste und durchgreifendste Mittel zur Erreichung des Zweckes — anzudrohen, so bleibt nur die Erklärung übrig, daß, wie das Rgl. Obergericht bemerkt, der Gesetz-

geber anerkennt, es könne der Stellvertreter überhaupt keine Konzession besitzen.

Zu gleichem Schlusse führt eine Betrachtung der R.G.D. §. 47 im Verhältnisse zu §. 45, weil nur ganz ausnahmsweise das Ermessen der zur Konzessionierung zuständigen Behörde über die Zulässigkeit einer Stellvertretung befinden soll.

Eine solche Maßnahme der Konzessionierung ist in §. 47 allein hinsichtlich der Stellvertreter der in den §§. 34. 36 bezeichneten Marktscheider, Feldmesser *z.* angeordnet, und wird in den Motiven zu den §§. 43—46 des Entwurfes damit gerechtfertigt, daß „die im übrigen zugelassene“ Stellvertretung für die bezeichneten Personen von „besonderer Genehmigung“ abhängig gemacht werden mußte, weil es sich hier nicht um eigentliche Gewerbetreibende, sondern um in beschränkter Zahl Angestellte handele. Der Gewerbeordnung, welche mit genauer Sorgfalt das Verfahren über Genehmigung und Untersagung des selbständigen Gewerbebetriebes, d. h. eines Gewerbebetriebes auf eigene Rechnung und unter eigener Verantwortlichkeit, regelt (R.G.D. §§. 20. 21. 40. 54), mangelt, wenn der eben berührte Fall des §. 47 außer Beachtung tritt, jede Bestimmung oder Andeutung, von welcher Stelle und in welcher Weise die Genehmigung der Stellvertreter in den übrigen Gewerben zu erteilen sei, deren selbständiger Betrieb einer Konzession *z.* bedarf. Die Gewerbeordnung unterstellt deshalb auch hierdurch, daß Einholung derartiger Erlaubnis, insbesondere hinsichtlich des Schankgewerbes nach §. 33, nach der Gewerbeordnung nicht vorgeschrieben ist.

Daß endlich Rücksichten des öffentlichen Interesses nicht zu einer strengeren Auslegung der §§. 45. 46 der R.G.D. zwingen, weil ein ausreichendes — nachträgliches — Einschreiten wider Fortführung einer Stellvertretung mittels einer dazu ungeeigneten Person durch die Gesetzgebung, insbesondere in Preußen, gesichert wird, ist in den Entscheidungen des Kgl. Oberverwaltungsgerichtes Bd. 4 S. 305. 334 überzeugend dargelegt.

Demgemäß wird dem Oberlandesgerichte eine materielle Gesetzesverletzung durch das die Freisprechung der beiden Angeklagten G. und S. bestätigende Erkenntnis mit Unrecht vorgeworfen.

Der Erwägung der betreffenden Polizeibehörde wird es unbenommen sein, die persönliche Befähigung des Stellvertreters S. mit Berücksichtigung der in Gewerbeordnung §. 33 Nr. 1 erwähnten Mo-

---

mente zu prüfen und je nach dem Ergebnisse dessen Ausscheiden zu veranlassen.“