
Vorläufige Erlaubnis und vorläufige Stellvertretungserlaubnis

Vorläufige Erlaubnis und vorläufige Stellvertretungserlaubnis

1. Gesetzesmaterialien

§ 11 GastG in der Fassung vom 20. 11. 1998 (BGBl. I S. 3418) ist seit der Erstfassung vom 5. 5. 1970 (BGBl. I S. 465) unverändert. **1**

2. Einführung

Inhaber- und Pächterwechsel kommen in der Praxis recht häufig vor; insbesondere bei kleineren Gaststätten, „Szenekneipen“ oder Diskotheken (*Schönleiter*, § 11 GastG, Rn. 1). Schätzungsweise kommen bei ca. 190.000 Gaststätten jährlich 70.000 neue Erlaubnisse hinzu, wobei 30.000 personenbezogen sind (*Schönleiter*, § 11 GastG, Rn. 1). **2**

Zur Sicherstellung der **Betriebskontinuität** (VGH Mannheim, Beschl. v. 27. 4. 1990 – 14 S 89/90) können Personen, die einen bestehenden (VGH Kassel, Beschl. v. 8. 11. 1995 – 14 TG 3375/95, MDR 1996, 361 = NVwZ-RR 1996, 325) erlaubnisbedürftigen Gaststättenbetrieb von einem anderen übernehmen wollen, unter den Voraussetzungen des § 11 GastG bis zur endgültigen Entscheidung folglich über die Erteilung der Gaststättenerlaubnis den Betrieb mit einer **vorläufigen Erlaubnis** fortführen (vgl. *Metzner*, § 11 GastG, Rn. 1). **3**

Dies liegt einerseits im Interesse des Erwerbers, denn eine zeitweilige Stilllegung könnte nachteilige wirtschaftliche Folgen haben; aber auch die Allgemeinheit müsste mit unerwünschten Folgen rechnen, wenn es sich z. B. um die einzige Gaststätte in einer kleinen Gemeinde handelt (BT-Drucks. V/205 v. 21. 1. 1966, S. 16). **4**

Die vorläufige Erlaubnis ist auf den rechtlichen Bestand des erlaubten, fortzuführenden Betriebs beschränkt. Die Beschränkung auf diesen Fall beruht auf dem Gedanken, dass hier mit einiger Wahrscheinlichkeit mit einer erneuten Erlaubnis zu rechnen ist, so dass ein vorläufiger Weiterbetrieb der Gaststätte bis zur Erteilung einer endgültigen Erlaubnis nach § 2 GastG gerechtfertigt ist (*Metzner*, § 11 GastG, Rn. 3). Ein **rechtlich unzulässiger Betrieb** des Rechtsvorgängers kann indes nicht übernommen und fortgeführt werden. **5**

Anders als bei § 10 GastG benötigt der Fortführende eine Erlaubnis; er kann sich nicht auf die Erlaubnis seines Vorgängers berufen (*Metzner*, § 11 GastG, Rn. 2). **6**

Eine vorläufige Erlaubnis kommt auch in Betracht, wenn der Vorgänger die Gaststätte mit einer vorläufigen Erlaubnis betrieben hat; sie ist auch in den Fällen des § 34 GastG denkbar (*Hickel/Wiedmann/Hetzel*, § 11 GastG, Rn. 2). **7**

§ 11 GastG enthält eine abschließende Regelung der „vorläufigen Entscheidung“. Es handelt sich dabei um einen Fall des „vorläufigen Verwaltungsakts“ (vgl. zur Diskussion *Koch*, GewArch 1992, 374; *Kreßel*, BayVBl 1989, 65; *Schimmelpfennig*, BayVBl 1989, 69), den der Gesetzgeber ausdrücklich geregelt hat. **8**

Vorläufige Erlaubnis (§ 11 Abs. 1 GastG)

1. Tatsächliche Übernahme des Gaststättenbetriebes

1.1 Übernahme

Die **Übernahme** des Gaststättenbetriebes setzt nicht notwendigerweise ein Rechtsgeschäft (Kauf-, Miet- oder Pachtvertrag) zwischen dem bisherigen und dem künftigen Betriebsinhaber voraus. Entscheidend ist allein die tatsächliche Übernahme des Betriebes. Unerheblich ist daher im Rahmen des § 11 GastG auch die rechtliche Wirksamkeit zivilrechtlicher Vereinbarungen zwischen den Gewerbetreibenden. **9**

-
- Bei der Übernahme kommt es maßgeblich darauf an, dass zu diesem Zeitpunkt die Erlaubnis noch besteht; sie darf nicht nach § 8 GastG oder durch Verzicht, Rücknahme oder Widerruf erloschen sein (siehe *Metzner*, § 11 GastG, Rn. 4 und 5, der eine vorläufige Erlaubnis auch dann zulässt, wenn die Erlaubnis durch den Tod des Inhabers erloschen ist, ohne dass ein Weiterführungsrecht nach § 10 GastG besteht, falls der Betrieb innerhalb der Fristen des § 8 GastG übernommen wird). **10**
- Keine Übernahme** liegt vor, wenn die Gaststätte **neu errichtet** wird; eine vorläufige Gaststättenerlaubnis darf nicht erteilt werden (*Michel/Kienzle*, § 11 GastG, Rn. 1). Eine vorläufige Erlaubnis ist auch dann nicht zulässig, wenn und soweit der übernommene Betrieb oder sonst wie in erlaubnisbedürftiger Weise vom Umfang und Bestand des erlaubten Betriebes abweichen soll (so *Metzner*, § 11 GastG, Rn. 6). **11**
- Bei der Übernahme eines **gestatteten Gewerbes** (§ 12 GastG) gibt es keine vorläufige Erlaubnis. Dies folgt aus der kurzzeitigen Dauer der Gestattung, sodass in der Praxis kaum ein Bedürfnis für einen kurzfristigen Wechsel in der Inhaberschaft besteht, zumal ggf. der Betrieb über eine neue Gestattung fortgeführt werden könnte. **12**
- Entsprechend dem Wortlaut „übernehmen“ ist eine Betriebsübernahme dann nicht mehr möglich, wenn **ein solches Recht** nicht mehr besteht. Daraus folgt, dass nach der **Einstellung des Betriebes** eine Betriebsübernahme i. S. d. § 11 GastG äußerstenfalls bis zum Erlöschen der Erlaubnis nach § 8 GastG denkbar ist (vgl. *Robinski*, Gewerberecht, S. 160). **13**
- 1.2 Erlaubter Betrieb ist vorhanden**
- Eine vorläufige Erlaubnis scheidet aus, wenn der Nachfolger den Betrieb erweitert oder jedenfalls in erlaubnisbedürftiger Weise von Umfang und Bestand des erlaubten Betriebes abweichen will (*Metzner*, § 11 GastG, Rn. 6). **14**
- Bei nur **vorläufiger Betriebseinstellung** (z. B. bei Erlöschen der Erlaubnis durch Tod des Inhabers, wenn kein Weiterführungsrecht nach § 10 GastG besteht) wird man die Frist des § 8 GastG voll ausschöpfen dürfen. **15**
- Ist aber die Betriebseinstellung endgültig, so begegnet es Bedenken, nach neun Monaten nur deshalb noch eine Übernahme anzunehmen, weil die Erlaubnis des früheren Betriebsinhabers nicht nach § 8 GastG erloschen ist. Entsprechend dem Gesetzeswortlaut gilt § 11 GastG nur für die Betriebsübernahme und damit nicht für Neuerrichtung bzw. für die Fortführung oder Änderung des bisherigen Betriebes (vgl. BVerwG, *Buchholz*, § 3 GastG, Nr. 2). **16**
- Es ist hingegen unerheblich, ob der bisherige Betriebsinhaber aufgrund einer Erlaubnis nach § 2 GastG oder seinerseits mit einer gültigen Vorerlaubnis nach § 11 GastG tätig war (BVerwG, *Buchholz*, § 3 GastG Nr. 2). **17**
- 1.3 Gesellschafterwechsel**
- Im Regelfall kann man auch in den Fällen eines **Gesellschafterwechsels** bei einer Personengesellschaft nicht von einer Übernahme sprechen. **18**
- Eine **Ausnahme** gilt nur für die Fälle, in denen ausschließlich der neue Gesellschafter zur Geschäftsführung befugt ist (*Michel/Kienzle*, § 11 GastG, Rn. 1). Der Inhaberwechsel soll in den Fällen reibungslos abgewickelt werden, in denen im Regelfall ein den gesetzlichen Bestimmungen entsprechender (erlaubter) Betrieb vorhanden ist. **19**
- 1.4 Gesetzmäßiger Betrieb**
- Die vorläufige Erlaubnis will nur gewährleisten, dass ein gesetzmäßiger Betrieb fortgeführt werden kann (*Metzner*, § 11 GastG, Rn. 9). **20**

Ein gesetzmäßiger Betrieb liegt allerdings nur dann vor, wenn der bisherige Inhaber zur Führung der Gaststätte berechtigt ist. Er muss also eine Erlaubnis, Vorerlaubnis (BVerwG, <i>Buchholz</i> , § 3 GastG, Nr. 2) oder ein Fortführungsrecht aus §§ 10 GastG, 46 GewO besitzen.	21
2. Wille zur Übernahme	
Der Fortführende muss den Wunsch und die tatsächlich vorhandene Absicht haben, eine bestehende erlaubnisbedürftige Gaststätte von einem anderen zu übernehmen (<i>Metzner</i> , § 11 GastG, Rn. 8).	22
3. Zwei Anträge	
Die Vorerlaubnis kann nur erteilt werden, wenn die endgültige Erlaubnis bereits beantragt worden ist; in der Praxis werden beide Anträge gleichzeitig gestellt (<i>Schönleiter</i> , § 11 GastG, Rn. 1). Dabei darf die vorläufige Erlaubnis inhaltlich nicht über den Antrag nach § 2 Abs. 1 GastG hinausgehen (<i>Metzner</i> , § 11 GastG, Rn. 10).	23
4. Inhalt der Erlaubnis	
Grundsätzlich orientiert sich der Inhalt der vorläufigen Erlaubnis am Inhalt der Erlaubnis für den übernommenen Betrieb (<i>Metzner</i> , § 11 GastG, Rn. 15).	24
In der vorläufigen Erlaubnis können jedoch Auflagen erteilt werden (<i>Hickel/Wiedemann/Hetzel</i> , § 11 GastG, Rn. 3).	25
5. Ermessen	
Für die Erteilung der vorläufigen Gaststättenerlaubnis ist entscheidend, dass eine gewisse Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass der Antrag auf Erteilung einer Gaststättenerlaubnis positiv entschieden werden kann (VGH Mannheim, Beschl. v. 27. 4. 1992 – 14 S 2732/89).	26
Ist dies der Fall, d. h. liegen keinerlei Anhaltspunkte für eine Versagung der Gaststättenerlaubnis gemäß § 4 GastG vor, so verdichtet sich die Ermessensentscheidung – „kann“ unter dem Einfluss des Art. 12 GG und des Grundsatzes der Gewerbefreiheit zu einem entsprechenden Anspruch (vgl. <i>Stober</i> , Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 82, m. w. N.; a. A. <i>Robinski</i> , Gewerberecht, S. 160).	27
Im Rahmen der Ermessensentscheidung sind der Zweck des § 11 GastG (Sicherung der Betriebskontinuität, reibungsloser Inhaberwechsel), das öffentliche Interesse an der Veränderung erlaubnisunfähiger Betriebsführung und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten (vgl. auch <i>Seitter</i> , § 11 GastG, Rn. 5; <i>Metzner</i> , § 11 GastG, Rn. 12).	28
Intendiertes Ermessen ist nach der Rechtsprechung des BVerwG eine Sonderform des Verwaltungsermessens (BVerwG, Urt. v. 5. 7. 1985 – 8 C 22.83, BVerwGE 72, 1 ff., 6 = NJW 1986, 738). Intendiertes Ermessen liegt vor, wenn bei einer Ermessensvorschrift die Richtung der Betätigung des Ermessens vorgezeichnet ist. Dies ist der Fall, wenn ein bestimmtes Ergebnis dem Gesetz näher steht, im Grundsatz gewollt ist und nur ausnahmsweise davon abgesehen werden darf (vgl. auch <i>Borowski</i> , DVBl. 2000, 149 ff. m. w. N.).	29
Auch das Verwaltungsverfahren ist auf den reibungslosen Betriebsübergang ausgerichtet. Die vorläufige Erlaubnis kann bereits dann erteilt werden, wenn ein Führungszeugnis, Gewerbezentralregisterauszug, ein Pachtvertrag und ggf. eine ausländerrechtliche Erlaubnis vorliegen (<i>Robinski</i> will weitergehend das Prüfungsverfahren vereinfachen und zunächst auch auf Auskünfte aus dem Bundeszentralregister und dem Gewerbezentralregister verzichten – Gewerberecht, S. 160, vgl. hierzu OVG Münster, Urt. v. 1. 4. 1969 – IV A 1285/68, NJW 1969, 1732; OVG Münster, NJW 1973, 1922; <i>Robinski</i>).	30

-
- Das Gaststättengesetz macht somit für den Betriebsübernehmer eine **Ausnahme von dem generellen Grundsatz**, dass ein Antragsteller vor Beginn der Gewerbeausübung den Ausgang des (endgültigen) Erlaubnisverfahrens abwarten muss. **31**
- Dies hat seinen Grund darin, dass bei der Übernahme eines bisher vorhandenen und erlaubten Gaststättenbetriebes eine **gewisse Wahrscheinlichkeit** dafür spricht, dass raumbezogene Versagungsgründe der Erteilung einer neuen Erlaubnis nicht im Wege stehen und dass deshalb die unmittelbare Weiterführung des Betriebes durch den Nachfolger des bisherigen Erlaubnisinhabers von einer Abwägung des Interesses an der **nahtlosen Aufrechterhaltung** des Betriebes einerseits und des öffentlichen Interesses an der Klärung etwaiger Erlaubnisversagungsgründe andererseits abhängig gemacht werden kann. **32**
- Eine **Ablehnung** kommt dann in Betracht, wenn Bedenken von derartigem Gewicht bestehen, dass der Antragsteller die endgültige Erlaubnis des § 2 GastG wahrscheinlich nicht erhalten kann. Bedenken also, die die Versagung der endgültigen Gaststättenerlaubnis wahrscheinlicher erscheinen lassen als ihre Erteilung (OVG Lüneburg, Beschl. v. 30. 9. 1975 – VII OVG B 71/75). **33**
- Sind aber solche Bedenken nicht ersichtlich, dann besteht ein **Rechtsanspruch auf Erteilung** der vorläufigen Erlaubnis des § 11 GastG (*Erbs/Kohlhaas*, § 11 GastG, Rn. 2; a. A. OVG Münster, GewArch 1974, 62; VGH München, NJW 1965, 1979, die darauf hinweisen, dass die Entscheidung im Ermessen der zuständigen Behörde liege. *Metzner*, § 11 GastG, Rn. 11, räumt an, dass die Entscheidung zwar das Grundrecht des Gastwirts aus Art. 12 GG berühre, dies aber nur zu einer strengen Bindung an die Ziele des Gesetzes, nicht aber zu einem Rechtsanspruch führe). **34**
- Die Bedenken können hinsichtlich der **Zuverlässigkeit** des Antragstellers bestehen (OVG Münster, Beschl. v. 21. 1. 1976 – XIV B 1 317/75), aber auch bau-rechtlicher Art sein (VGH Mannheim, Beschl. v. 27. 4. 1992 – 14 S 2732/89). **35**
- Die Ablehnung einer vorläufigen Erlaubnis ist gerechtfertigt, wenn hinsichtlich der Zuverlässigkeit des Antragstellers **erhebliche Bedenken** bestehen (OVG Münster, Beschl. v. 21. 1. 1976 – XIV B 1 317/75). **36**
- 6. Widerrufsvorbehalt**
- Die vorläufige Erlaubnis ist **auf Widerruf** (es liegt ein gesetzlicher Widerrufsvorbehalt vor, VGH München, GewArch 1989, 240) erteilt und wird mit der Entscheidung über die endgültige Gaststättenerlaubnis gegenstandslos (OVG Lüneburg, GewArch 1963, 65). Sie erlischt durch Rücknahme, Widerruf und Verzicht (*Michel/Kienzle*, § 11 GastG, Rn. 8 f.). **37**
- Der Widerruf ist dabei aus jedem sachlichen Grund zulässig (dazu *Metzner*, § 11 GastG, Rn. 16). **38**
- 7. Inzidente Befristung**
- Die vorläufige Erlaubnis enthält eine durch ihren Zweck begründete **inzidente Befristung** bis zum Wirksamwerden der Betriebserlaubnis. Sie soll nur für einen Zeitraum von drei Monaten erteilt und nicht wiederholt verlängert werden. Der Gesetzgeber ging davon aus, dass diese Frist allgemein für die Durchführung des Erlaubnisverfahrens ausreichend ist. **39**
- Nur bei Vorliegen eines **wichtigen Grundes** kann die vorläufige Erlaubnis verlängert werden. Der Grund muss verfahrensbezogen sein, d. h. die Durchführung des Verfahrens verzögert sich aus Gründen, die der Gewerbetreibende nicht zu vertreten hat (*Metzner*, § 1 GastG, Rn. 17). **40**
- Da die Frist eine „**Bearbeitungsfrist**“ ist, kann sie nicht mit dem Ziel verlängert werden, dass sich der Gewerbetreibende bewähren soll (BVerwG, Urt. v. 22. 5. 1964 – VII C 13.64, BVerwGE 18, 305 = NJW 1964, 1915; *Metzner*, § 11 GastG, Rn. 17). **41**

8. Erlöschen

Die vorläufige Erlaubnis erlischt mit Ausübung des Widerrufs und mit Ablauf der Dreimonatsfrist (*Hickel/Wiedmann/Hetzel*, § 11 GastG, Rn. 4). Sie wird ferner gegenstandslos, wenn dem Übernehmer die Betriebserlaubnis erteilt wird (*Metzner*, § 11 GastG, Rn. 18). **42**

Wird die Betriebserlaubnis versagt, kann die vorläufige Erlaubnis bis zum Fristablauf oder zum Widerruf weiter gelten (*Hickel/Wiedmann/Hetzel*, § 11 GastG, Rn. 4). **43**

9. Besitzstand

Im Hinblick darauf, dass die vorläufige Erlaubnis des § 11 GastG von vornherein nur befristet zu erteilen und jederzeit widerruflich ist, erwirbt der Inhaber keinen endgültigen **Besitzstand**. Dies gilt auch bei wiederholter Erteilung der vorläufigen Erlaubnis. Die Erteilung der vorläufigen Erlaubnis bewirkt auch keine dahingehende Bindung der Erlaubnisbehörde, dass sie später die endgültige Erlaubnis nach § 2 GastG erteilen muss. **44**

Durch die Erteilung einer vorläufigen Erlaubnis des § 11 GastG wird also nichts endgültig geregelt (vgl. VGH Mannheim, GewArch 1981, 24; VGH München, NVwZ-RR 1989, 645 = GewArch 1989, 240; *Metzner*, § 11 GastG Rn. 10). **45**

Der Gaststättenbehörde bleibt es unbenommen, die entsprechenden Konsequenzen aus etwaigen Ermittlungen zu ziehen, und die Erlaubnis nach § 2 GastG zu versagen bzw. die vorläufige Erlaubnis zu widerrufen. **46**

Vorläufige Stellvertretungserlaubnis (§ 11 Abs. 2 GastG)

Die **vorläufige Stellvertretererlaubnis** kann nach § 11 Abs. 2 GastG für jeden (bestimmten) Betrieb beantragt werden, wenn die Übernahme durch einen Stellvertreter beabsichtigt ist. Sie setzt voraus, dass für den Gaststättenbetrieb eine zumindest vorläufige Erlaubnis erteilt wurde. **47**

Weiterhin ist ein Antrag auf Erteilung der endgültigen Stellvertretererlaubnis erforderlich. Die Person des Stellvertreters muss in beiden Anträgen die gleiche sein; bei Personenwechsel ist ein neuer Antrag zu stellen (*Metzner*, § 11 GastG, Rn. 23; *Michel/Kienzle*, § 11 GastG, Rn. 12). **48**

Die **Stellvertretererlaubnis** wird für den Inhaber der Gaststättenerlaubnis erteilt, Antragsteller muss deshalb auch der Inhaber der (vorläufigen) Erlaubnis sein, nicht der künftige Stellvertreter. **49**

Auch hier muss mindestens gleichzeitig der Antrag auf Erteilung der Stellvertretungserlaubnis (§ 9 GastG) gestellt werden (*Schönleiter*, § 11 GastG, Rn. 2). **50**

Rechtsschutz

Hat die Behörde über den Antrag nicht oder nicht fristgerecht entschieden, kommt eine Verpflichtungsklage in Gestalt der Untätigkeitsklage in Betracht; wird der Antrag abgelehnt, sind Widerspruch und Verpflichtungsklage möglich (*Metzner*, § 11 GastG, Rn. 24). **51**

Angesichts der Eilbedürftigkeit in solchen Fällen steht dem Antragsteller ferner die einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO zur Verfügung (*Hickel/Wiedmann/Hetzel*, § 11 GastG, Rn. 5). **52**

Ordnungswidrigkeit

Die einschlägige Bußgeldvorschrift ist § 28 Abs. 1 Nr. 1 GastG; sollte gegen eine Auflage verstoßen werden, greift § 28 Abs. 1 Nr. 2 GastG (*Erbs/Kohlhaas*, § 11 GastG, Rn. 5). **53**

Länderrechtliche Regelungen

- In **Baden-Württemberg** gestaltet § 3 GastVO (IV.1.2) vom 18. 2. 1991 (GBl. S. 195; GBl. 1992 S. 227; GBl. 2012 S. 604) das Antragsverfahren näher aus: so muss der Antrag u. a. schriftlich sein. **54**
- Nach § 2 der **Bayerischen** GastV (IV.2.2) vom 22. 7. 1986 (GVBl. S. 295; GVBl. 2013 S. 174) muss der Antrag schriftlich eingereicht werden und bestimmte Angaben und Unterlagen enthalten. **55**
- Die **Berliner** GastV (IV.3.2) vom 10. 9. 1971 (GVBl. S. 1778; GVBl. 2005 S. 754) schreibt in § 1 GastV ebenfalls die Schriftform für den Antrag vor; dieser muss bestimmte Angaben enthalten. Die entsprechende Entscheidung muss ebenfalls schriftlich sein. **56**
- Wer in **Hamburg** die Erlaubnis begehrt, muss diese nach § 1 der GastVO (IV.6.2) vom 27. 4. 1971 (HmbGVBl. S. 81; HmbGVBl. 2010 S. 655) in Textform beantragen und dabei bestimmte Angaben machen bzw. Unterlagen einreichen. **57**
- Nach § 2 der Gast-VO in **Mecklenburg-Vorpommern** (IV.8.2) vom 17. 6. 1994 (GVOBl. M-V S. 679; GVOBl. M-V 2006 S. 634) muss der Antrag schriftlich gestellt werden und erforderliche Angaben gemacht bzw. notwendige Unterlagen beigebracht werden. **58**
- In **Rheinland-Pfalz** ist nach § 3 der Gast-VO (IV.11.2) vom 2. 12. 1971 (GVBl. S. 274; GVBl. 2005 S. 365) ein schriftlicher Antrag mit den erforderlichen Angaben und Unterlagen über den Antragsteller notwendig. **59**
- Auch in **Schleswig-Holstein** ist der Antrag schriftlich zu stellen, § 1 GastVO (IV.15.2) vom 1. 4. 2003 (GVOBl. Schl.-H. S. 185; GVOBl. Schl.-H. 2009 S. 681). Die erforderlichen Angaben müssen gemacht werden; notwendige Unterlagen sind grundsätzlich selbst beizubringen. **60**