

Assessorkurs ÖR Hamburg

Kurseinheit 10

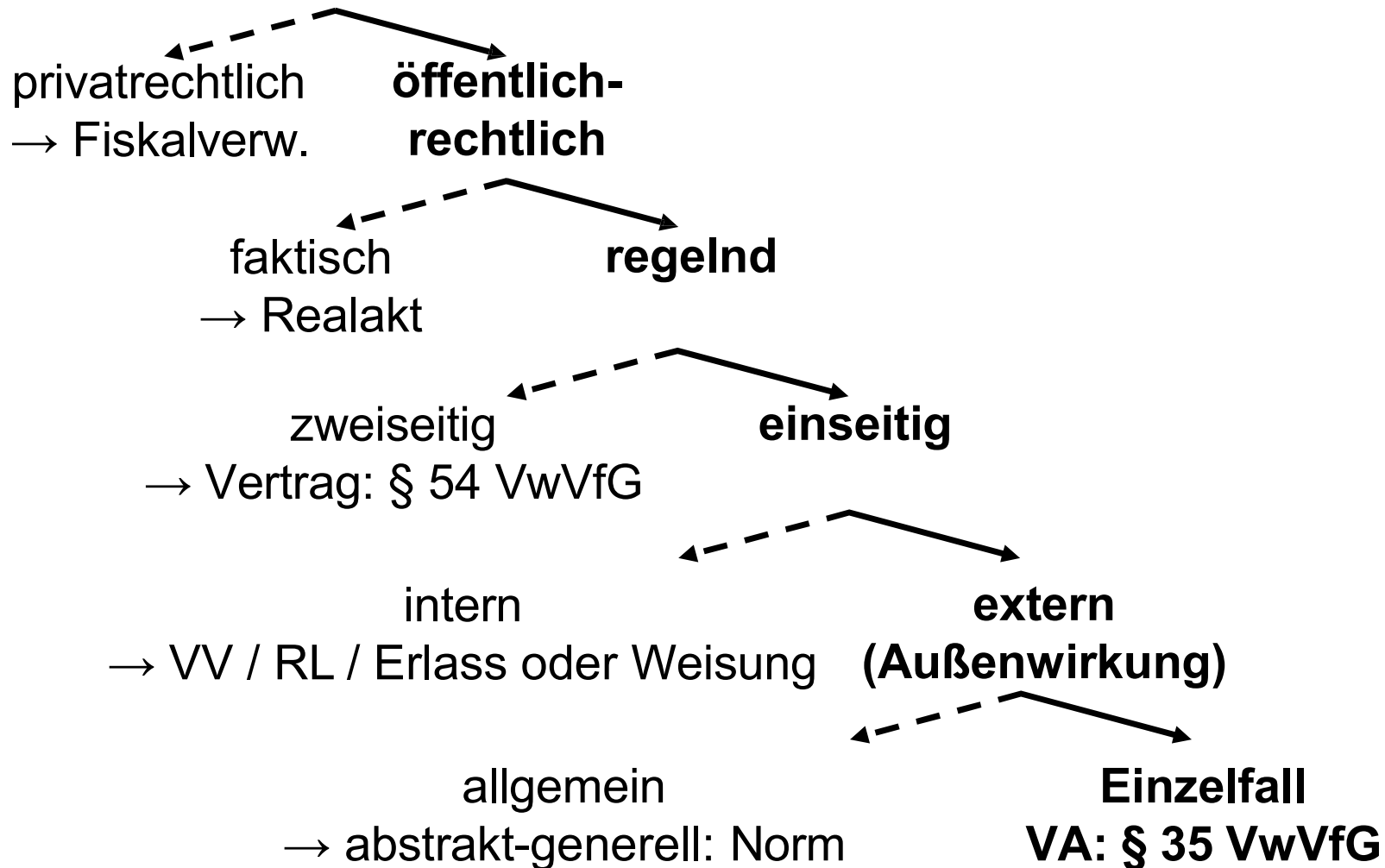
Abstrakter Teil

I. VA-Qualität hoheitlicher Maßnahmen

→ § 35 S. 1 VwVfG: insbes. Regelung im Einzelfall mit Außenwirkung

Person Sachverhalt	individuell	generell
konkret	VA § 35 S. 1 VwVfG	Allgemeinverfügung § 35 S. 2 VwVfG
abstrakt	VA § 35 S. 1 VwVfG	Norm

Handlungsformen der Verwaltung



VA: Abgrenzungsprobleme

VA (+) bei:

1. Beamtenrecht: Grund- / Statusverhältnis, dh auf Außenwirkung gerichtet (persönliche Rechtsstellung; zB Versetzung)
2. Feststellender / deklaratorischer VA: Regelung eines klärungsbedürftigen Rechtsverhältnisses, dh nach Intention und obj. Empfängerhorizont verbindliche Klärung (Indiz: Subsumtion und/oder Ermessensausübung, zB § 60 V AufenthG, Bauvorbescheid)

VA (-) bei:

1. Beamtenrecht: Dienst- / Betriebsverhältnis, dh auf innerorganisatorische Wirkung gerichtete Weisung (faktische Rechtsbeeinträchtigung irrelevant, zB Umsetzung)
2. Hinweis auf die Rechtslage: keine Regelung, nur Mitteilung bzw. Information (Indiz: ohne Subsumtion und Ermessensausübung) oder öff.-rechtliche Willenserklärung (zB Aufrechnung)

VA: Abgrenzungsprobleme

VA (+) bei:

3. Zweitbescheid: Regelung – nach erneuter Prüfung der Sach- / Rechtslage ergeht in derselben Angelegenheit ein zweiter (mglw. sogar inhaltsgleicher) VA
4. Konkludenter Duldungs-VA im POR: Regelung – Maßnahme, die primär Realakt darstellt, kann bei Anwesenheit des Betroffenen zugleich einen auf die Duldung der Maßnahme gerichteten VA beinhalten

VA (-) bei:

3. Wiederholende Verfügung: keine Regelung, dh bloßer Hinweis / Bezugnahme auf den Erstbescheid ohne erneute Prüfung der Sach- / Rechtslage
4. Realakt: keine Regelung bei Standardmaßn. mit realem Vollzugselement, unmittelbarer Ausführung, Verw.-Vollstreckung, insbes. bei Abwesenheit des Betroffenen mangels Bekanntgabe

VA: Abgrenzungsprobleme

VA (+) bei:

5. Teilregelung: von einer Gesamtregelung wird bereits ein Teil verbindlich geklärt (zB Vorbescheid im Baurecht als feststellender Ausschnitt der späteren Genehmigung)
6. Verkehrszeichen, sofern diese auf Regelung gerichtet sind, dh bei
 - Vorschriftenzeichen (§ 41 StVO, Anl. 2)
 - z.T. Richtzeichen (§ 42 StVO, Anl. 3)
 - Verkehrseinrichtungen (§§ 43, 13 StVO, Anl. 4)

VA (-) bei:

5. Vorbereitende Verfahrenshandlung: noch keine verbindliche Entscheidung in der Sache (zB Aufforderung zum MPU-Gutachten nach FeV, vgl. § 44a VwGO)
6. Verkehrszeichen, sofern diese nicht auf Regelung gerichtet sind, dh bei
 - Gefahrzeichen (§ 40 StVO, Anl. 1)
 - z.T. Richtzeichen (§ 42 StVO, Anl. 3)

II. Zulässigkeit und Begründetheit eines Widerspruchs: §§ 68 ff VwGO

1. Zulässigkeit

a) Statthaft

aa) VwGO anwendbar

→ idR Generalklausel: § 40 I 1 VwGO

bb) VA-Bezug

→ Anfechtungs- / Verpflichtungssituation: § 68 I 1, II VwGO

→ grds. im Beamtenrecht: § 126 II BBG / § 54 II BeamStG

cc) Kein Ausschluss

→ § 68 I 2 VwGO: „*Einer solchen Nachprüfung bedarf es nicht, wenn...*“



↓
§ 68 I 2 VwGO

← 1. Hs.: „*wenn ein Gesetz dies bestimmt*“

→ zT. Bundesrecht

- zB § 70 VwVfG für VA im förmlichen Verw.-Verfahren

→ zT Landesrecht

- zB Hamburg: § 6 II HmbAGVwGO

↓
Nr. 1: „*wenn der VA von einer **obersten Bundesbehörde** oder von einer **obersten Landesbehörde** erlassen worden ist, außer wenn ein Gesetz die Nachprüfung vorschreibt*“

→ Ministerien (Senat)

→ anders § 126 II BBG /
§ 54 II BeamStG

→ Nr. 2: „*wenn der AB oder der WB **erstmalig** eine **Beschwer** enthält*“

→ analog bei *zusätzlicher* Beschwer („rip“)



Str., ob Widerspruch in diesen Fällen...

nur entbehrlich ist

→ Wortlaut: „bedarf es nicht“

oder unstatthaft ist

→ ratio: Vorverfahren nach gesetzgeberischem Willen nicht sinnvoll
→ BVerwG vom 12.08.2014, 1 C 2.14
zu § 68 I 2 Nr. 2 VwGO
(Funktionentrias, Rechtssicherheit)

→ Hinweis: Streit hat auch Auswirkungen auf RSB bei §§ 80 V / 80a VwGO und Unanfechtbarkeit des VA

b) Form und Frist

- schriftlich, in elektronischer Form nach § 3a II VwVfG (qualifizierte elektronische Signatur) oder zur Niederschrift
- grds. innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe des VA
- ggf. § 70 II VwGO iVm §§ 58 II, 60 VwGO
(Jahresfrist/Wiedereinsetzung in den vorigen Stand;
nicht anwenden: § 32 VwVfG)

c) Beschwer

- Widerspruchsbefugnis: Möglichkeit subj. RV (§ 42 II VwGO analog)
- (-), wenn Wegfall der Beschwer durch Erledigung (§ 43 II VwVfG)

2. Begründetheit

- Prüfung der Rechtmäßigkeit *und* Zweckmäßigkeit (§ 68 I 1 VwGO)
- subj. Rechtsverletzung beim Widerspruchsführer nötig
(vgl. § 113 I 1 VwGO / § 113 V 1 VwGO)
- Widerspruchsbehörde übt selbst Ermessen aus
 - nicht nur Prüfung von Ermessensfehlern (≠ § 114 S. 1 VwGO)
 - auch erstmaliges Ausüben möglich (≠ § 114 S. 2 VwGO)
 - anders nur bei bloßer Rechtsaufsicht (idR nur im Kommunalrecht von Bedeutung)

III. Aufbau eines Widerspruchsbescheids

- Str., ob bei Behördenidentität (Ausgangs- / Widerspruchsbehörde) ein AB (§ 72 VwGO) oder ein stattgebender WB (§ 73 VwGO) ergeht
- § 73 I 2 Nr. 2 VwGO: Behördenidentität grds. bei zweistufigem Verwaltungsaufbau (in Norddeutschland ganz überwiegend der Fall)

Formalien

- | | | |
|----|----------------|--|
| 1. | Absender | |
| 2. | Aktenzeichen | → Sachbearbeiter |
| 3. | Ort + Datum | |
| 4. | Zustellungsart | → § 73 III 2 VwGO iVm §§ 3 - 5 VwZG
(idR PZU wegen § 180 ZPO, Einschreiben, EB) |
| 5. | Empfänger | → ggf. Bevollmächtigter (§ 7 I 2 VwZG) |
| 6. | Betreff | → Sachmaterie (ggf. Aktenzeichen bei Rechtsanwalt) |
| 7. | Bezug | → Widerspruch vom ... gegen ... |

Widerspruchsbescheid

- | | | |
|----|----------------------|--|
| 8. | Anrede | → Sehr geehrte(r) Frau / Herr ... |
| 9. | Tenor | |
| a) | Hauptsache | → Ihr Widerspruch vom ... gegen ... wird zurückgewiesen.
[Auf Ihren WS gegen meinen Bescheid vom ... hebe ich diesen auf.] |
| b) | § 80 IV 1 VwGO | → Ihr Antrag auf Aussetzung der Vollziehung wird zurückgewiesen.

[Die Vollziehung meines Bescheides vom ... setze ich aus.] |
| c) | § 80 II 1 Nr. 4 VwGO | → Ich ordne die sofortige Vollziehung der vorstehenden Nr. 1 dieses Bescheides an. |

d) § 13 VwVG

- Androhung von Zwangsmitteln
[str., ob dies als „qualitative“
Verböserung im WB zulässig ist, da
dem Bürger eine Entscheidungsebene
abgeschnitten wird; h.M.: zulässig]

e) Kosten:
§ 73 III 3 VwGO,
§ 80 I VwVfG

- Die Kosten des Widerspruchsverfahrens haben Sie zu tragen.
[Das WS-Verf ist für Sie kostenfrei /... trägt das Land Berlin./ ... trage ich.]
- ggf.: Auf Ihren Antrag werde ich Ihnen die zur zweckentspr. Rechtsverfolg. oder Rechtsvert. notwendigen Aufwend. erstatten (§ 80 I 1/2 VwVfG)
- ggf.: Die Zuziehung eines Bevollmächtigten im Vorverfahren war notwendig (§ 80 II, III 2 VwVfG).

Gründe

I. [Sachverhalt]

1. Unstreitiger Sachverhalt
2. Ausgangs-VA mit Begründung
3. Widerspruch mit Begründung

II. [Rechtliche Würdigung]

- | | |
|------------------|---|
| 1. Zuständigkeit | → § 73 I 2 VwGO (i.d.R.: Nr. 2) |
| 2. Zulässigkeit | → insbes. form- / fristgemäß (§ 70 VwGO) |
| 3. Begründetheit | → RGL / AspGL, Voraussetzungen, Rechtsfolge |

- | | | |
|----|-------------------------------------|---|
| 4. | ggf. § 80 IV 1 VwGO | → Begründung iSv. § 80 IV 3 VwGO: ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des VA oder unbillige, nicht durch überwiegende öffentl. Interessen gebotene Härte |
| 5. | ggf. § 80 II 1
Nr. 4 VwGO | → einzelfallbezogene schriftliche Begründung des bes. öffentl. Interesses an der s. V. (§ 80 III VwGO) |
| 6. | ggf. Androhung
von Zwangsmitteln | → Fristsetzung und Auswahl des bestimmten Zwangsmittels |
| 7. | Kosten:
§ 73 III 3 VwGO | → Kosten des WS-Verfahrens selbst (BGebG/LandesR)
→ § 80 I 1 VwVfG (Staat) oder § 80 I 3 VwVfG (W.-Führer) |
| 8. | Grußformel | → Hochachtungsvoll/Mit freundlichen Grüßen, i. A. ... |
| 9. | RMB | → „Gegen meinen Bescheid <i>in Gestalt dieses Widerspruchsbescheides</i> ...“ |

Akte 9

Erlaubnis: § 33a GewO

W.-Führer

Land Berlin

1. Mehrfacher Verstoß gegen Arbeitsbestimmungen
(minderjährige Darstellerinnen) und Aufenthaltsrecht
2. VA: → Untersagung wegen Unzuverlässigkeit
(§ 35 I 1 GewO)
→ Anordnung der s. V.
(§ 80 II 1 Nr. 4 VwGO)
3. Widerspruch: Hinweis der Behörde auf mögliche „rip“

Übersicht: Gewerbeordnung

<u>§ 15 II GewO</u>	<u>§ 35 I GewO (anwendbar: Abs. 8)</u>	<u>§ 70 GewO</u>
→ Untersagung wegen formeller Illegalität bei genehmigungsbedürftigem Gewerbe	→ Untersagung wegen Unzuverlässigkeit bei genehmigungsfreiem Gewerbe → unanwendbar, soweit „besondere Untersagungs-/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“	→ Recht zur Teilnahme an einer festgesetzten Veranstaltung („Jahrmarkt“)
→ Reisegewerbe: § 60d GewO	§ 59 GewO	

„unzuverlässig“ im Gewerberecht

- Definition: wer nach Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr bietet, sein Gewerbe in Zukunft ordnungsgemäß auszuüben
- Kein Beurteilungsspielraum: vollständig gerichtlich überprüfbar
- Verschuldensunabhängig: Gefahrenabwehr verlangt kein Verschulden
- Konkretes Gewerbe maßgeblich: auch Umstände außerhalb der Gewerbeausübung, soweit diese „durchschlagen“ (z.B. Hinterziehung von Steuern / Sozialabgaben, Drogenabhängigkeit, Beschäftigung illegaler Arbeitnehmer)
- Maßgeblicher Zeitpunkt für Beurteilung der Rm. abhängig von Situation

Anfechtung: letzte behörtl. Entsch.
(idR WB); bei DauerVA: letzte
mündl. Verhandl.; § 35 I GewO:
letzte behörtl. Entsch (wg. § 35 VI
GewO)

Verpflichtung: letzte mündliche
Verhandlung

Aufgabenstellung (Besonderheiten)

1. Aktenvermerk zur Rechtslage
 - ohne SV
2. Entscheidungsentwurf
 - SV verkürzt
 - Rechtslage verkürzt
 - ohne Kostenentscheidung
 - RBB verkürzt (Bezeichnung genügt)

→ Struktur wie RA-Klausur

1. Teil: Aktenvermerk

A. Rechtmäßigkeit der Maßnahmen vom 07.11.2017

I. Untersagung

1. RGL (laut Behörde): § 35 I 1 GewO

→ regelt Gewerbeuntersagung wegen „Unzuverlässigkeit“

→ anwendbar nur nach Maßgabe von § 35 VIII GewO

a) Genehmigungsbedürftiges Gewerbe

→ Schaustellungen von Personen

→ § 33a I 1 GewO:

*„Wer gewerbsmäßig Schaustellungen von Personen in seinen Geschäftsräumen veranstalten oder für deren Veranstaltung seine Geschäftsräume zur Verfügung stellen will, **bedarf der Erlaubnis** der zuständigen Behörde.“*

b) Erlaubnis mit Legalisierungswirkung

→ „Unzuverlässigkeit“ ist Versagungsgrund: § 33a II Nr. 1 GewO

c) Rücknahme / Widerruf möglich, § 35 VIII 1 Alt. 2 GewO?

§ 48 I VwVfG

→ falls anfänglich unzuverlässig

§ 49 II 1 Nr. 3 VwVfG

→ falls nachträglich unzuverlässig

→ ggf. „erst-recht“, falls Erlaubnis rw.
(geringerer Vertrauensschutz)

Aufhebung nötig, dann: § 15 II GewO, dann: Verw.-Vollstreckung

2. Zw.-Erg.

→ § 35 I 1 GewO nicht anwendbar

II. Wäre Widerruf der Erlaubnis rechtmäßig möglich?

1. RGL: § 49 II 1 Nr. 3 VwVfG

→ ggf. „erst-recht“, falls Erlaubnis rechtswidrig (geringerer Vertrauensschutz)

2. Vorausss.

a) Formell

→ BZA zuständig

→ Anhörung (§ 28 I VwVfG) am 21.11.2017 erfolgt

b) Materiell

aa) Widerrufsgrund: § 49 II 1 Nr. 3 VwVfG

→ „*wenn die Behörde auf Grund nachträglich eingetretener Tatsachen berechtigt wäre, den Verwaltungsakt nicht zu erlassen, und wenn ohne den Widerruf das öffentliche Interesse gefährdet würde*“

→ Gewerbeerlaubnis ist „Dauer-VA“, dh Vorauss. müssen dauerhaft vorliegen

→ W.-Führer ist „unzuverlässig“ (Verstoß gegen Arbeitsbestimmungen etc.; Einwand „Freie Mitarbeiter“ unerheblich)

bb) Jahresfrist

→ § 49 II 2 VwVfG iVm § 48 IV VwVfG gewahrt

→ egal, ob Bearbeitungs- oder Entscheidungsfrist (1. Kontrolle am 3.8.2017)

3. RF

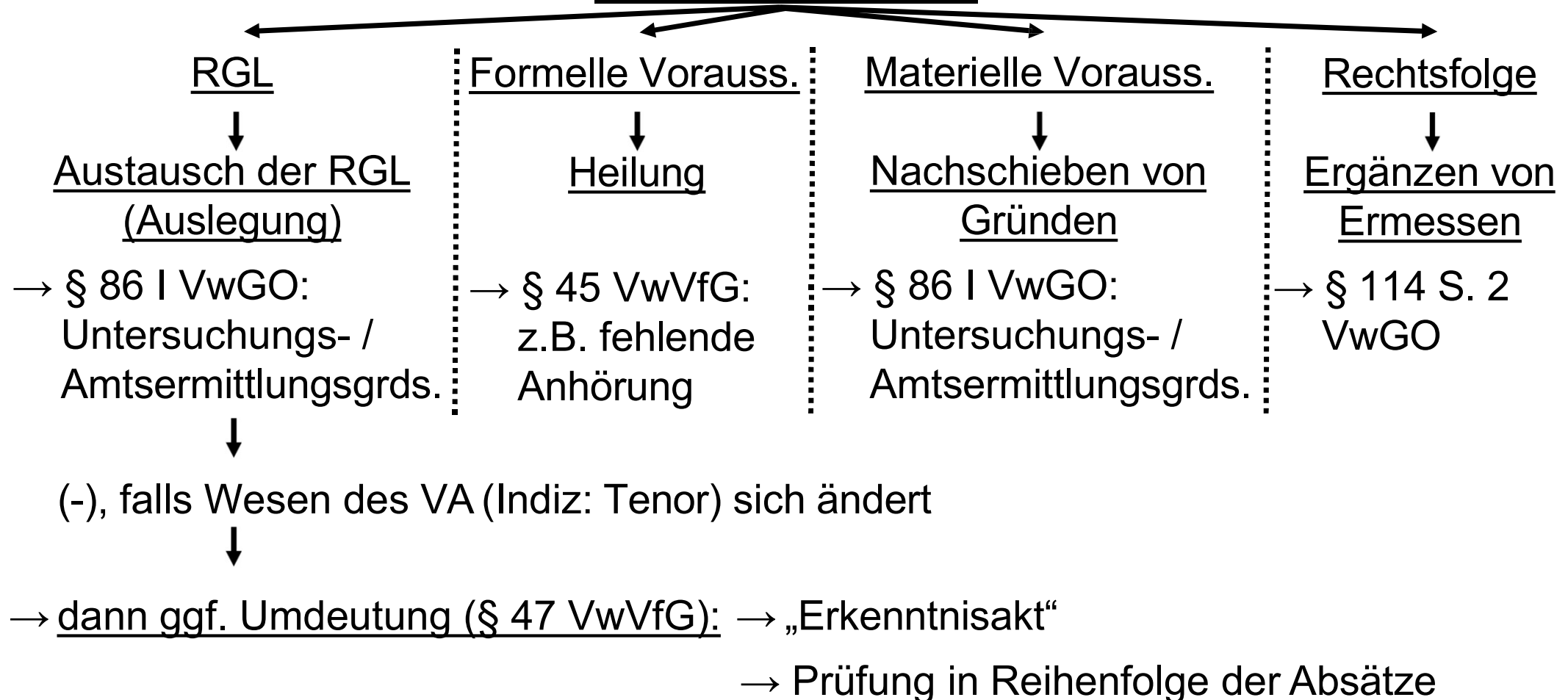
→ Ermessen („kann“): Verhältnismäßigkeit bzgl. Art. 12 I GG

C. Entscheidungsmöglichkeiten

- Untersagungs-VA gemäß § 35 I 1 GewO ist rechtswidrig, dh an sich AB gemäß § 72 VwGO oder stattgebender WB gemäß § 73 VwGO
- aber Widerruf gemäß § 49 II 1 Nr. 3 VwVfG wäre rechtmäßig, und Prüfung von Recht- und Zweckmäßigkeit im W.-Verfahren (§ 68 I 1 VwGO)



Fehlerüberwindung

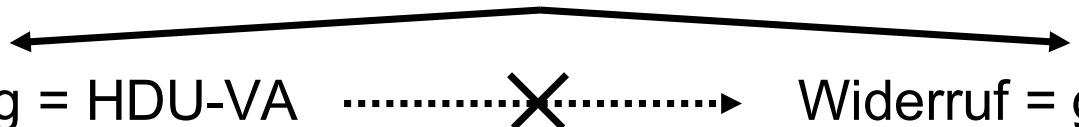


I. Aufrechterhaltung der Untersagung als Widerruf möglich?

1. Austausch der RGL / Auslegung

→ grds. möglich (s. auch § 86 I VwGO: Untersuchungs- / Amtsermittlungsgrds.)

→ Grenze: Wesensänderung des VA (Indiz: Tenor)


Untersagung = HDU-VAX.....▶ Widerruf = gestaltender VA

2. Heilung, Nachschieben von Gründen, Ergänzen von Ermessenserwägungen

→ sämtlich nicht einschlägig

3. Umdeutung

→ grds. möglich, sofern Vorauss. von § 47 VwVfG erfüllt sind

a) § 47 I VwVfG

→ Zielidentität (+) (Tätigkeit unterbinden)

→ Vorauss. für Widerruf nach § 49 II 1 Nr. 3 VwVfG erfüllt (s. oben)

b) § 47 II VwVfG

→ insbes. Rechtsfolgen bei Widerruf (als gestaltender VA nicht vollstreckbar)
nicht ungünstiger als bei Untersagung (als HDU-VA vollstreckbar)

c) § 47 III VwVfG

→ keine Umdeutung von gebundener in Ermessensentscheidung

§ 35 I 1 GewO: gebunden  § 49 II VwVfG: Ermessen


Ermessensausfall (Reduktion auf Null nicht ersichtlich)

II. Gestaltung der nunmehrigen Bescheidung

1. Abhilfebescheid oder stattgebender Widerspruchsbescheid?

- str., ob bei Behördenidentität (Ausgangs- / Widerspruchsbehörde) ein AB (§ 72 VwGO) oder ein stattgebender WB (§ 73 VwGO) ergeht
- § 73 I 2 Nr. 2 VwGO iVm § 27 I b) AZG, § 67 S. 2 ASOG: Behördenidentität bei zweistufigem Verwaltungsaufbau
- e.A.: Unterscheidung zwischen Abhilfe- und Widerspruchsverfahren rührt vom Vorhandensein verschiedener „Instanzen“ her; fehlen diese, braucht es kein Abhilfeverfahren
- a.A.: Verfahrensökonomie gebietet Verzicht auf Widerspruchsverfahren, wenn auf „Ausgangsebene“ abgeholfen werden kann
- hier: Abhilfebescheid (a.A. ebenso gut vertretbar)

2. Zweitbescheid

→ Probleme der „rip“ stellen sich nicht (anders, wenn WSB geschrieben würde)

a) Widerruf der Erlaubnis wegen Unzuverlässigkeit

→ Widerruf: § 49 II 1 Nr. 3 VwVfG

→ Anordnung der s. V. mit einzelfallbezogener schriftlicher Begründung:

§ 80 II 1 Nr. 4, III VwGO (bes. öffentl. Interesse, da bes. Gefährdungslage)

b) Untersagung wegen formeller Illegalität

→ Untersagung: § 15 II GewO

→ Anordnung der s. V. (s. oben)

c) Androhung von Zwangsgeld

→ Androhung: § 8 I 1 VwVfGBln, §§ 6 I, 11, 13 VwVG

(§ 13 V VwVG: bestimmte Höhe, zB 2.000,- €)

→ kraft Gesetzes sofort vollziehbar: § 80 II 1 Nr. 3 VwGO, § 63 I 1 BlnJustG

→ Zustellung nötig: § 8 I 1 VwVfGBln, § 13 VII VwVG

III. Verfahrensrechtliche Besonderheiten

- Abhilfe- und Zweitbescheid in einem Schreiben möglich, ebenso Trennung in zwei Schreiben denkbar
- RBB trennen:
 - Abhilfebescheid: keine RBB (keine Beschwer)
 - Zweitbescheid: RBB bzgl. Widerspruch
- insgesamt Zustellung nötig: § 8 I 1 VwVfGBIn, § 13 VII 2 VwVG

2. Teil: Entscheidungsentwurf

Bezirksamt Marzahn-Hellersdorf
(Anschrift)

Az: 23/02/42

Berlin, den 12.12.2017

Per Postzustellungsurkunde (§ 3 VwZG)

Herrn
Paul Anker
(Anschrift)

Betreff: Verstoß gegen Aufenthaltsrecht und Arbeitsbestimmungen

Bezug: Ihr Widerspruch vom 16.11.2017

gegen die Ordnungsverfügung vom 07.11.2017

Sehr geehrter Herr Anker,
gegen meine Ordnungsverfügung vom 07.11.2017 haben Sie mit Schreiben
vom 16.11.2017 Widerspruch eingelegt. Daher ergeht folgender

Abhilfe- und Zweitbescheid:

1. Den Bescheid des Bezirksamts Marzahn-Hellersdorf vom 07.11.2017
hebe ich auf.
2. Die Ihnen am 22.02.2017 erteilte Genehmigung, in dem Gaststättenbetrieb
„Zum Anker“ Schaustellungen von Personen durchzuführen, widerrufe ich
mit sofortiger Wirkung.
3. Ich untersage Ihnen die Durchführung von Schaustellungen in dem
vorgenannten Gaststättenbetrieb mit sofortiger Wirkung.
4. Zugleich ordne ich die sofortige Vollziehung der vorstehenden Verfügungen
Nrn. 2 und 3 an.
5. Für den Fall der Zuwiderhandlung gegen die Verfügung Nr. 3 drohe ich
Ihnen die Festsetzung eines Zwangsgeldes in Höhe von 2.000,00 € an.

Gründe

I.

(SV-Schilderung - kann hier entfallen)

II.

A. Abhilfebescheid

→ Aufhebung, da § 35 I 1 GewO gemäß § 35 VIII GewO unanwendbar

RBB: Anfechtungsklage oder weglassen

B. Zweitbescheid

1. Widerruf der Erlaubnis
2. Untersagung wegen formeller und materieller Illegalität
3. AO der s. V. bzgl. Nr. 1 - 3
4. Androhung Zwangsgeld 2.000,- € bei Verstoß gegen Nr. 2

RBB: Widerspruch (§§ 68, 70 VwGO) gegen Nr. 1, 2, 4

Mit freundlichen Grüßen

im Auftrag

Krause