

Gewerberecht

Ergänzung Baurecht: Vorbescheid, § 75 BauOBln

„Ist die Erteilung einer Baugenehmigung vorgeschrieben, ist vor Einreichung des Bauantrags auf Antrag der Bauherrin oder des Bauherrn zu einzelnen in der Baugenehmigung zu entscheidenden Fragen des Bauvorhabens ein Vorbescheid zu erteilen. Der Vorbescheid gilt zwei Jahre.“

(ähnlich § 75 BbgBO, aber Geltungsdauer 6 Jahre gemäß § 73 I 1 BbgBO)

- zwar noch keine Baugenehmigung, aber verbindliche Klärung einzelner Fragen (i.d.R. Bauplanungsrecht), d.h. feststellender VA
- ratio: Rechts- / Investitionssicherheit
- falls Vorbescheid unanfechtbar, sind alle darin festgestellten Aspekte für Nachbarn bei Erteilung der späteren Baugenehmigung nicht mehr angreifbar

Fall: Bewachungsgewerbe

Erlaubnis: § 34a GewO

K

Land Berlin

vorläufiger
Rechtsschutz

1. Strafverfahren Vermögensdelikte (zwei Verurteilungen, einmal Unterschlagung bei Berufsausübung)
2. VA: a) Untersagung wegen Unzuverlässigkeit (§ 35 I 1 GewO, § 80 II 1 Nr. 4 VwGO)
b) Androhung Versiegelung
3. W → Rücknahme → erneut W → WB (unzulässig)

VG

Fall: Bewachungsgewerbe

A. Z / SEV

- I. § 40 I 1 VwGO: öff.-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art
→ Öff.-rechtliche streitentscheidende Normen („modifizierte Subjektstheorie“)
= einseitige Berechtigung oder Verpflichtung eines Hoheitsträgers
 1. Gewerbeuntersagung: § 35 I 1 GewO
 2. Androhung Versiegelung: unmittelbarer Zwang
→ § 8 I 1 VwVfGBIn, §§ 6 I, 12, 13 VwVG (§§ 3, 27 I 1, 34, 28 VwVGBbg)
- II. §§ 45, 52 VwGO i.V.m. § 80 V 1 VwGO / § 123 II 1 VwGO
→ „*Gericht der Hauptsache*“
- III. §§ 61, 63 VwGO (analog): K (Ast.) / Land (Rechtsträger als Ag.)

IV. §§ 122 I, 88 VwGO: Begehren des Ast. und Vorrang maßnahmespezif. RS

→ grds. § 123 I VwGO, außer § 123 V VwGO i.V.m. § 80 V 1 VwGO

→ Vorauss. von § 80 V 1 VwGO: Suspendierung eines VA (§ 35 VwVfG)

1. Gewerbeuntersagung: VA (Regelung im Einzelfall mit Außenwirkung)

2. Androhung von Zwangsmitteln: VA (auf Willensbeugung gerichtet)

→ Auswahl des Zwangsmittels als Regelung, § 13 III 1 VwVG:

„Die Androhung muss sich auf ein bestimmtes Zwangsmittel beziehen.“

(ähnlich § 28 III 1 VwVGBbg)

→ vgl. § 18 I 1 VwVG: *„Gegen die Androhung eines Zwangsmittels sind die Rechtsmittel gegeben, die gegen den Verwaltungsakt zulässig sind, dessen Durchsetzung erzwungen werden soll.“*

3. Obj. Antragshäufung

→ § 44 VwGO analog („gleichzeitig entscheidungsreif“)

V. Bes. SEV = Antragsbefugnis: § 42 II VwGO analog

→ Ausschluss von Popularverfahren

→ Möglichkeit subj. RV aus Sonderbeziehung (Gewerbeerlaubnis nach § 34a GewO als begünstigender VA) sowie Art. 12 I, 2 I GG („Adressatentheorie“)

VI. Rechtsschutzbedürfnis

1. Vorheriger Antrag an die Behörde grds. unnötig

→ nötig nur bei § 80 VI, II 1 Nr. 1 VwGO, d.h. bei „*Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten*“

→ Umkehrschluss: in allen übrigen Fällen unnötig

2. Rechtsbehelf in der Hauptsache nötig? → differenzieren:

Anfkl. unnötig

→ § 80 V 2 VwGO

Widerspruch nötig?

→ str., aber egal, da erhoben

→ nach Rücknahme erneut
fristgemäß eingelegt

→ nicht rechtsmissbräuchlich
(vgl. § 242 BGB), da Behörde
sich an ihre Zusage nicht ge-
halten hat

3. Rechtsbehelf in der Hauptsache darf nicht offensichtlich unzulässig sein
- a) Keine Verfristung / Erledigung: §§ 70, 74, 58 II VwGO / § 43 II VwVfG
- b) Kein Ausschluss des Vorverfahrens: bzgl. Gewerbeuntersagung in Berlin?
- § 68 I 2 VwGO: „*Einer solchen Nachprüfung bedarf es nicht, wenn ein Gesetz dies bestimmt...*“
- § 70 VwVfG: „*Vor Erhebung einer verwaltungsgerichtlichen Klage, die einen im förmlichen Verwaltungsverfahren erlassenen Verwaltungsakt zum Gegenstand hat, bedarf es keiner Nachprüfung in einem Vorverfahren.*“
- § 5 VwVfGBIn i.V.m. der Anlage zu § 1 FörmVfVO, Nr. 2: Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO ergeht im förmlichen Verwaltungsverfahren





→ Formulierung § 68 I 2 VwGO: „bedarf es nicht“

eA: Widerspruch zulässig

aA: Widerspruch unzulässig

→ Wortlaut: „bedarf es nicht“

→ ratio: Vorverfahren nach dem

= entbehrlich, nicht unzulässig

gesetzgeber. Willen sinnlos

jedenfalls: falls Widerspruch unzulässig, wäre Rechtsbehelf in Hauptsache die AnfkI., welche gemäß § 80 V 2 VwGO unnötig ist

4. Rechtsbehelf in der Hauptsache hat keine aufschiebende Wirkung

Gewerbeuntersagung

Androhung Zwangsmittel

→ § 80 II 1 Nr. 4 VwGO

→ § 80 II 1 Nr. 3 VwGO i.V.m.

§ 63 I JustGBIn (§ 16 VwVGBbg)⁹

B. Begründetheit

(+), soweit → Anordnung der sofortigen Vollziehung formell rechtswidrig ist
→ bzw. das Aussetzungsinteresse des Ast. das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung überwiegt

I. Gewerbeuntersagung

1. Formelle Rechtmäßigkeit der AO der s. V.

→ Zust.: Ausgangs- / Widerspruchsbehörde (§ 80 II 1 Nr. 4 VwGO)

→ Verf.: Anhörung (§ 28 I VwVfG) unnötig, AO der s. V. ≠ VA („prozess. Annex“)

→ Form: einzelfallbezogene schriftliche Begründung nötig (§ 80 III VwGO),

ratio: Ausnahmecharakter, hier: „sofortiger Schutz seiner Kunden“

2. Interessenabwägung [materielle Rechtmäßigkeit der AO der s. V.]

→ eigenständige Interessenabwägung des VG unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten der Hauptsache

→ falls VA bei summarischer Prüfung rechtswidrig, überwiegt das Aussetzungsinteresse des Ast., da kein öff. Interesse an der sofortigen Vollziehung rechtswidriger VA bestehen kann (Art. 20 III GG)

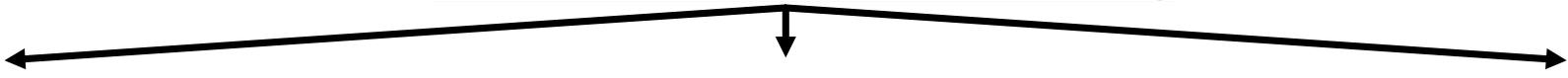
a) Rechtmäßigkeit des VA

aa) RGL (laut Behörde): § 35 I 1 GewO

→ anwendbar nach Maßgabe von § 35 VIII GewO

→ regelt Gewerbeuntersagung wegen „Unzuverlässigkeit“

Übersicht: Gewerbeordnung



§ 15 II GewO

→ Untersagung
wegen formeller
Illegalität bei
genehmigungs-
bedürftigem
Gewerbe

§ 35 I GewO (anwendbar: Abs. 8)

→ Untersagung wegen Unzuverlässigkeit
bei genehmigungsfreiem Gewerbe
→ unanwendbar, soweit „*besondere Unter-
sagungs- oder Betriebsschließungsvor-
schriften bestehen, die auf die Unzuver-
lässigkeit des Gewerbetreibenden ab-
stellen, oder eine für das Gewerbe erteil-
te Zulassung wegen Unzuverlässigkeit
des Gewerbetreibenden zurückgenom-
men oder widerrufen werden kann*“

§ 70 GewO

→ Recht zur Teil-
nahme an einer
festgesetzten
Veranstaltung
(„Jahrmarkt“)

„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 abhängig von Situation

Anfechtung: letzte behördliche
Entsch. (i.d.R. WB)

Verpflichtung: letzte mündliche
Verhandlung

(1) Genehmigungsbedürftiges Gewerbe

→ Bewachungsgewerbe: § 34a I 1 GewO

(2) K hat Erlaubnis mit Legalisierungswirkung

→ „Unzuverlässigkeit“ ist Versagungsgrund: § 34a I 3 Nr. 1 GewO

(3) Zugleich bzgl. Erlaubnis Rücknahme / Widerruf möglich

§ 48 I VwVfG

→ falls K anfänglich unzuverlässig

§ 49 II 1 Nr. 3 VwVfG

→ falls K nachträglich unzuverlässig

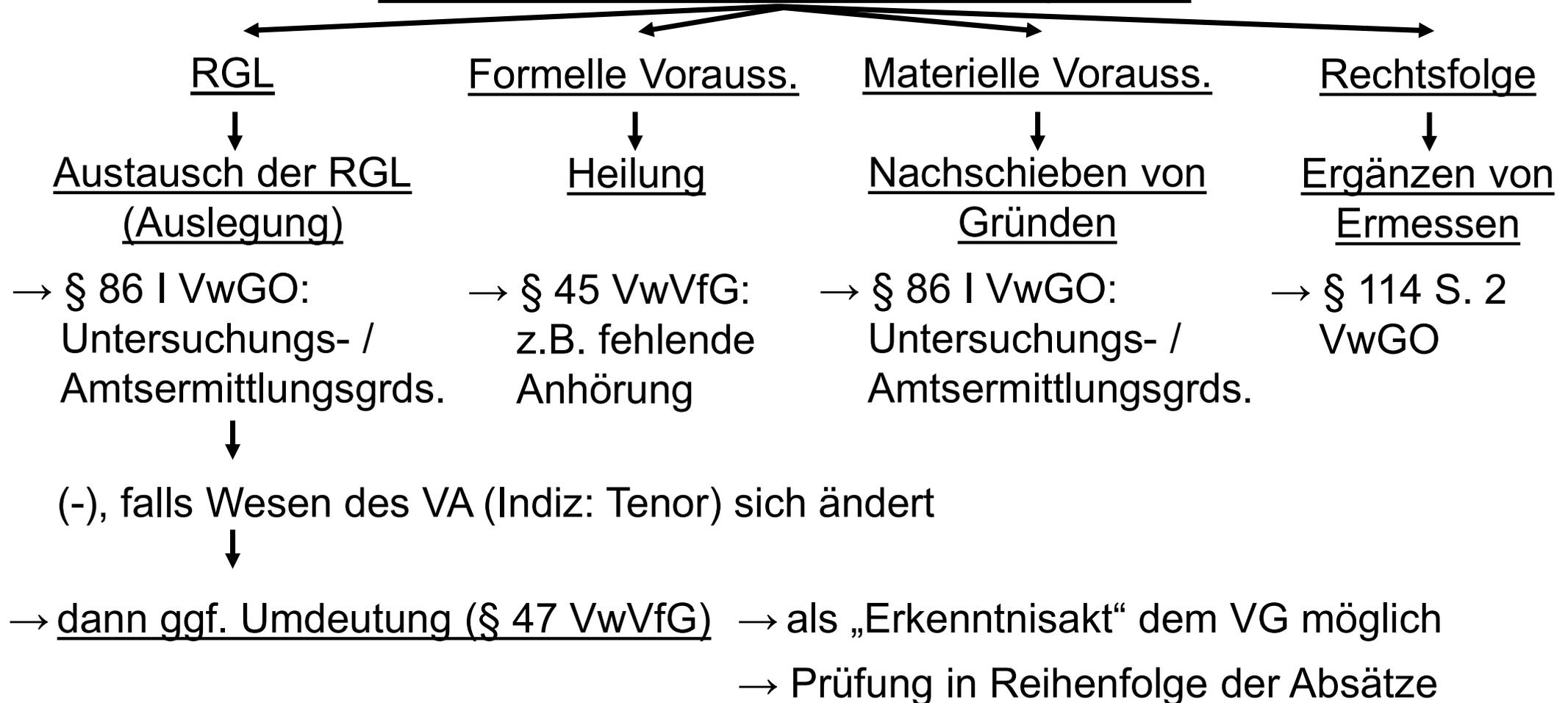
→ ggf. „erst-recht“, falls Erlaubnis rw.

(geringerer Vertrauensschutz)

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

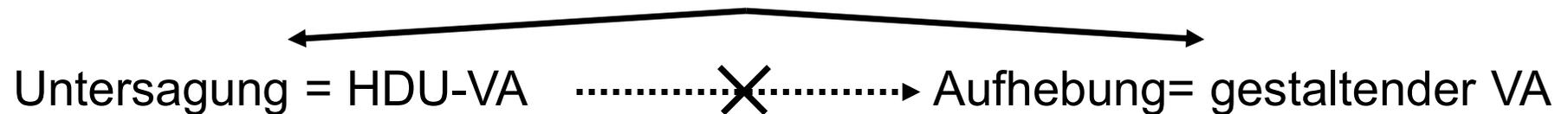
(4) Zw.-Erg.: § 35 I 1 GewO nicht anwendbar → Fehlerüberwindung?

Fehlerüberwindung bei Verwaltungsakten



bb) Austausch der RGL

- grds. möglich, da § 86 I VwGO: Untersuchungs- / Amtsermittlungsgrds.
- Grenze: Wesensänderung des VA (Indiz: Tenor)
- hier: Auslegung als Rücknahme / Widerruf unmöglich, da sich Tenor ändert



cc) Umdeutung (§ 47 VwVfG) in den Widerruf der Erlaubnis

- als „Erkenntnisakt“ dem VG möglich (Umdeutung selbst ist kein VA)
- Prüfung in Reihenfolge der Absätze

(1) § 47 I VwVfG

(a) Zielidentität

→ „*auf das gleiche Ziel gerichtet*“

→ Endziel ist, Tätigkeit von K zu unterbinden

(b) Erlassvorausss. für Widerruf nach § 49 II 1 Nr. 3 VwVfG

(aa) § 49 VwVfG anwendbar

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

→ Zeitpunkt der Erteilung im Sachverhalt offen: vor / nach Strafverfahren

(ggf. Erlaubnis von Anfang an rechtswidrig, falls Versagungsgrund „unzuverlässig“ gemäß § 34a I 3 Nr. 1 GewO bei Erteilung vorlag)

(bb) Widerrufsgrund

→ „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“, d.h. Vorauss. (Zuverlässigkeit) müssen dauerhaft vorliegen („nachträglich eingetretene Tatsachen“)

(cc) Jahresfrist

→ § 49 II 2 VwVfG i.V.m. § 48 IV VwVfG gewahrt (Entscheidungsfrist)

(dd) § 35 III GewO

→ Absehen von Berufsverbot im strafgerichtlichen Verfahren (§ 70 StGB) sperrt allenfalls bei Gewerbeuntersagung nach § 35 I GewO

(2) § 47 II VwVfG

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

(3) § 47 III VwVfG

→ keine Umdeutung von gebundener in Ermessensentscheidung

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

sonst: Ermessensausfall

→ Reduktion auf Null: GR-Schutzpflichten
zugunsten Kunden (Art. 14 I GG)?

→ wohl (-), gegenläufig Art. 12 I GG von K

(4) Zw.-Erg.

→ Umdeutung scheitert an § 47 III VwVfG

dd) Zw.-Erg.

→ VA rechtswidrig

b) Gesetzliche Wertung

→ Aussetzungsinteresse überwiegt (Art. 20 III GG)

→ § 80 V 1 VwGO gegen Gewerbeuntersagung begründet

→ Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch VG

II. Androhung Versiegelung

1. RGL

→ § 8 I 1 VwVfGBln, §§ 6 I, 12, 13 VwVG (§§ 3, 27 I 1, 34, 28 VwVGBbg)

2. Vorausss.

→ kein vollstreckbarer HDU-VA, da Gewerbeuntersagung suspendiert

[Hinweis: falls Umdeutung in Widerruf als gestaltenden VA bejaht wurde
wegen Ermessensreduktion auf Null, fehlt schon HDU-VA]

3. Zw.-Erg.

→ VA rechtswidrig, Aussetzungsinteresse überwiegt (Art. 20 III GG)

→ Anordnung der aufschiebenden Wirkung durch VG

III. Ergebnis: Antrag begründet