

# Assessorkurs ÖR Hamburg

## Kurseinheit 10

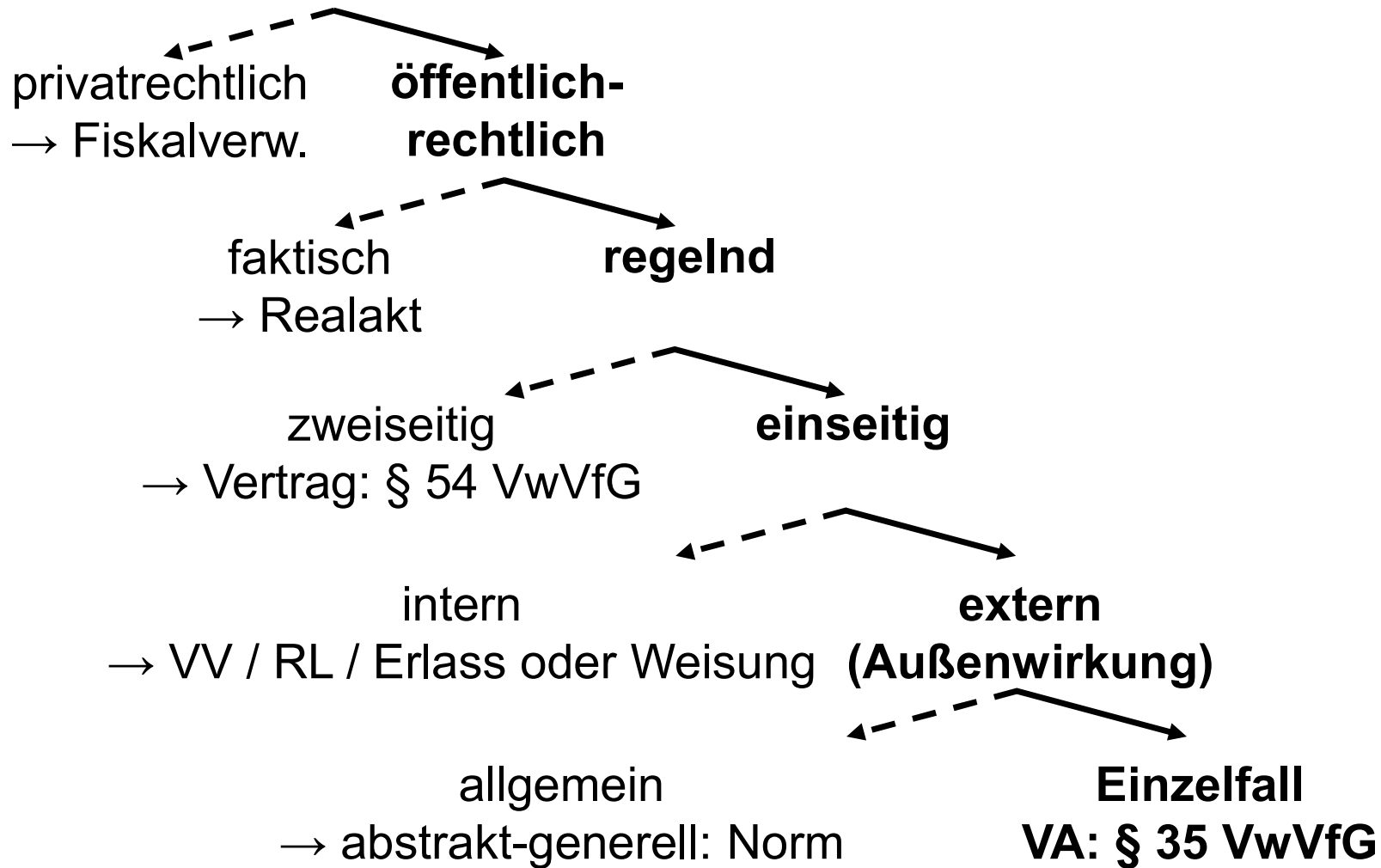
## Abstrakter Teil

### I. VA-Qualität hoheitlicher Maßnahmen

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

<b>Person</b>	<b>individuell</b>	<b>generell</b>
<b>Sachverhalt</b>		
<b>konkret</b>	VA § 35 S. 1 VwVfG	Allgemeinverfügung § 35 S. 2 VwVfG
<b>abstrakt</b>	VA § 35 S. 1 VwVfG	Norm als abstrakt- generelle Regelung

# Handlungsformen der Verwaltung



## VA: Abgrenzungsprobleme

### VA (+) bei:

1. Beamtenrecht: Grund- / Statusverhältnis, dh. auf Außenwirkung gerichtet (persönliche Rechtsstellung)
2. Feststellender / deklaratorischer VA: Regelung eines klärungsbedürftigen Rechtsverhältnisses, dh. nach Intention und obj. Empfängerhorizont verbindliche Klärung (Indiz: Subsumtion und Ermessensausübung)

### VA (-) bei:

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

## VA: Abgrenzungsprobleme

### VA (+) bei:

3. Zweitbescheid: Regelung, dh. nach erneuter Prüfung der Sach- / Rechtslage ergeht in derselben Angelegenheit ein zweiter VA
4. Konkludenter Duldungs-VA im POR: Regelung, dh. Maßnahme, die primär Realakt darstellt, kann bei Anwesenheit des Betroffenen wegen des „Menschenbildes des Grundgesetzes“ zugleich einen 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 Standardmaßnahme mit realen Vollzugselement, unmittelbarer Ausführung, Verw.-Vollstreckung, insbes. bei Abwesenheit des Betroffenen mangels Bekanntgabe (§§ 43, 41 VwVfG)

## 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, A 2)
  - Verkehrseinrichtungen (§§ 43, 13 StVO)

### VA (-) bei:

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

- Hamburg: § 6 II AGVwGO

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 Beschwerde enthält“

→ analog bei zusätzlicher Beschwer („rip“)

- vgl. Gleichstellung in § 79 I Nr. 2, II 1 VwGO
- Hamburg: § 6 II Nr. 4 AGVwGO





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 (§ 41 VwVfG) des VA

→ ggf. § 70 II VwGO iVm. §§ 58 II, 60 VwGO

(Jahresfrist / Wiedereinsetzung in den vorigen Stand)

c) Beschwer

→ Widerspruchsbefugnis: Möglichkeit subj. RV (§ 42 II VwGO analog)

→ kein Wegfall der Beschwer durch Erledigung (§ 43 II VwVfG)

## 2. Begründetheit

- Prüfung der Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit (§ 68 I 1 VwGO)
- subj. Rechtsverletzung nötig beim Widerspruchsführer  
(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)

### **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 (Hamburg: Senat mit Fachbehörden und Bezirksverwaltung)

## 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.  
[Der Bescheid des BZA ... vom ... wird aufgehoben.]
- b) § 80 IV 1 VwGO → Ihr Antrag auf Aussetzung der Vollziehung wird zurückgewiesen.  
[Die Vollziehung des ... wird ausgesetzt.]
- c) § 80 II 1 Nr. 4 VwGO → Die sofortige Vollziehung des ... wird angeordnet.

d) § 13 VwVG  
(§ 8 HmbVwVG)

→ Androhung von Zwangsmitteln  
[str., ob dies als „qualitative“ Verböserung im WB zulässig ist, da dem Bürger eine Entscheidungsebene abgeschnitten wird!]

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

→ Die Kosten des Widerspruchsverfahrens haben Sie zu tragen.  
[... trägt die Freie und Hansestadt Hamburg.]  
→ 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 vom ... mit Begründung

### II. [Rechtliche Würdigung]

1. Zuständigkeit → § 73 I 2 VwGO (Hamburg: Nr. 2 iVm. § 7 I AGVwGO)
2. Zulässigkeit → insbes. form- / fristgemäß (§ 70 VwGO)  
[ggf. Widerspruchsbefugnis im ▲: § 42 II VwGO analog]
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 → § 80 I 1 VwVfG (Staat) oder § 80 I 3 VwVfG (W.-Führer)
8. Grußformel → Hochachtungsvoll i. A. ...
9. RMB → §§ 42 I, 74, 78, 81, 82 VwGO

## Akte 9

Erlaubnis: § 33a GewO

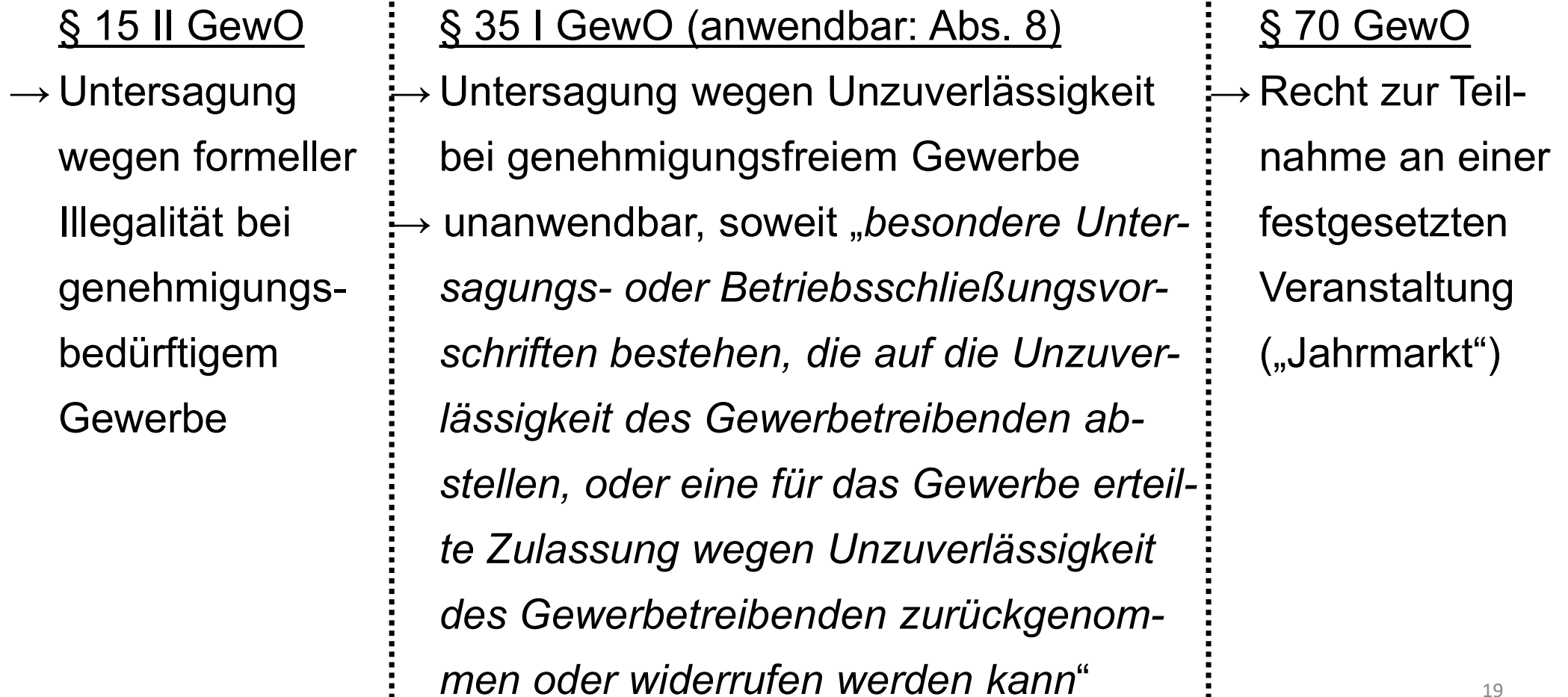
---

**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



## „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

## **Aufgabenstellung (Besonderheiten)**

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

## 1. Teil: Aktenvermerk

### **A. Rechtsnatur der Maßnahmen vom 07.11.2017**

#### **I. Untersagung: § 35 I 1 GewO**

→ HDU-VA iSv. § 35 S. 1 VwVfG: Regelung im Einzelfall mit Außenwirkung

#### **II. Anordnung der s. V.: § 80 II 1 Nr. 4 VwGO**

→ kein VA, da keine (materielle) Regelung

→ nur prozessuales Annex zum VA: bewirkt Vollstreckbarkeit der Untersagung

(vgl. § 8 I 1 VwVfGBln, § 6 I VwVG)

[→ ratio: läge VA vor, so hätten W. und AnfKl. aufschiebende Wirkung

(§ 80 I VwGO), was die AO der s. V. gerade ausschließen soll]

## **B. Rechtmäßigkeit der Maßnahmen vom 07.11.2017**

### I. Untersagung

#### 1. RGL (laut Behörde): § 35 I 1 GewO

→ regelt Gewerbeuntersagung wegen „Unzuverlässigkeit“

→ anwendbar nach Maßgabe von § 35 VIII GewO

#### a) Genehmigungsbedürftiges Gewerbe

→ § 33a I 1 GewO (Schaustellungen von Personen):

*„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

§ 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. Widerruf der Erlaubnis

### 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.)

bb) Jahresfrist

→ § 49 II 2 VwVfG iVm. § 48 IV VwVfG gewahrt (Entscheidungsfrist)

3. RF

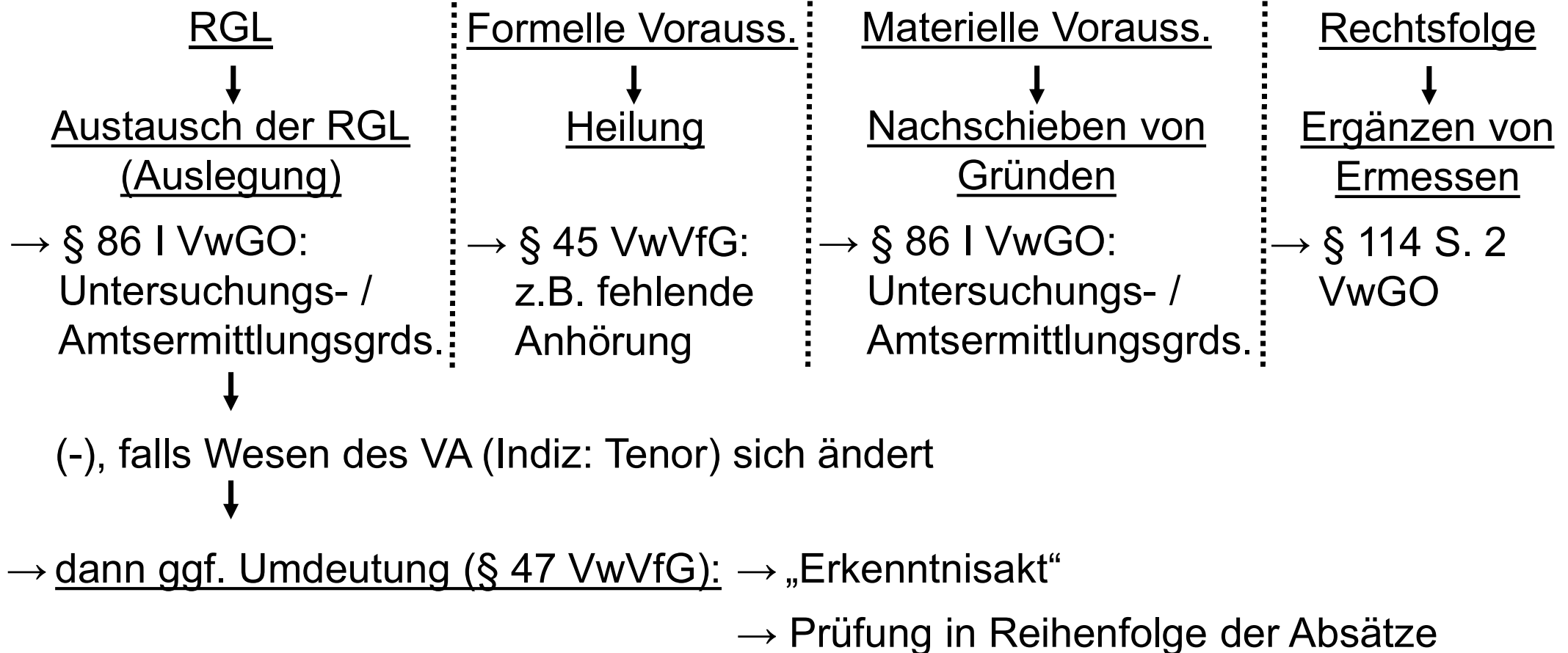
→ Ermessen („kann“): Verhältnismäßigkeit bzgl. Art. 12 I GG

## **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**

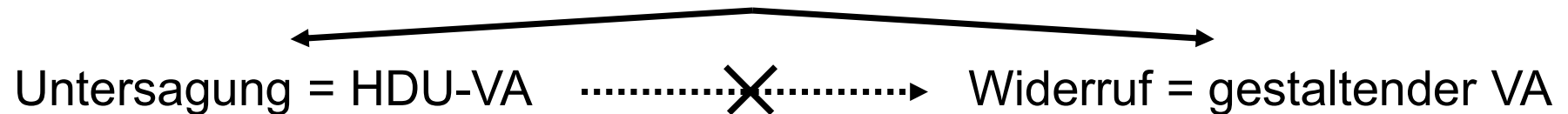


# I. Aufrechterhalten als Widerruf

## 1. Austausch der RGL / Auslegung

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

→ Grenze: Wesensänderung des VA (Indiz: Tenor)



## 2. Heilung, Nachschieben von Gründen, Ergänzen von Ermessenserwägungen

→ unmöglich, da anderer VA („aliud“) entsteht

## 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

→ aber keine Umdeutung von gebundener in Ermessensentscheidung

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

↓  
Ermessensausfall (Reduktion auf Null nicht ersichtlich)

## II. Erneute 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

## 2. Zweitbescheid

→ Probleme der „rip“ stellen sich nicht

### 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 VwVfGBIn, §§ 6 I, 11, 13 VwVG

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

→ kraft Gesetzes sofort vollziehbar: § 80 II 1 Nr. 3 VwGO, § 4 I AGVwGO

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

(PZU: § 7 VwVfGBIn, § 3 VwZG)

### III. Verfahrensrechtliche Besonderheiten

- Abhilfe- und Zweitbescheid in einem Schreiben möglich (str.)
- RBB trennen:
  - AnFKl. (§§ 42 I, 1. Alt., 74, 78, 81, 82 VwGO)
  - W. (§§ 68, 70 VwGO), aber nicht bzgl. AO der s. V.
- 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. Es ergeht folgender

Abhilfe- und Zweitbescheid

1. Der Bescheid des Bezirksamts Marzahn-Hellersdorf vom 07.11.2017 wird aufgehoben (dazu unten A).
2. Gleichzeitig entziehe ich Ihnen die Gewerbeerlaubnis für die Durchführung von Schaustellungen von Personen, untersage Ihnen die Durchführung von Schaustellungen von Personen und drohe ein Zwangsgeld iHv. 2.000,- Euro bei Zuwiderhandlung an (dazu unten B).

### A. Abhilfebescheid

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

RBB: Anfechtungsklage (§§ 42 I, 1. Alt., 74, 78, 81, 82 VwGO)

### B. Zweitbescheid

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

### Gründe I. und II.

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

Hochachtungsvoll

i.A. Krause