

Fall 6 – Die Gewerbeuntersagung – Lösung

Die Klage des A vor dem zuständigen VG hat Erfolg, soweit sie zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs - § 40 I VwGO

Mangels aufdrängender Spezialzuweisung richtet sich die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs nach der Generalklausel des § 40 I VwGO. Demzufolge ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, wenn es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art handelt und keine abdrängende Sonderzuweisung vorliegt.

- Öffentlich-rechtliche Streitigkeit
 - Nach der modifizierten Subjektstheorie/Sonderrechtslehre liegt eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, wenn die streitentscheidende Norm öffentlich-rechtlicher Natur ist. Dies ist der Fall, wenn die Norm einen Hoheitsträger einseitig berechtigt oder verpflichtet.
 - Vorliegend ist der § 35 I 1 GewO die streitentscheidende Norm. Diese berechtigt die Behörde einseitig zur Untersagung der Gewerbeausübung und ist damit öffentlich-rechtlicher Natur. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt folglich vor.
- Mangels doppelter Verfassungsunmittelbarkeit ist die Streitigkeit auch nichtverfassungsrechtlicher Art.
- Eine abdrängende Sonderzuweisung ist nicht ersichtlich.
- Der Verwaltungsrechtsweg ist eröffnet.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart richtet sich nach dem Klagebegehren (§§ 88, 86 III VwGO). Das Klagebegehren setzt sich zusammen aus dem Rechtsschutzziel und der in Frage stehenden Handlungsform der Verwaltung.

Vorliegend möchte der A gegen die Gewerbeuntersagung vorgehen und begehrt eine Gestaltung. In Betracht kommt also eine Anfechtungsklage gem. § 42 I Fall 1 VwGO.

- Die Gewerbeuntersagung gem. § 35 I GewO stellt einen Verwaltungsakt gem. § 35 VwVfG dar.
- Damit ist die Anfechtungsklage gem. § 42 I Fall 1 VwGO statthaft.

III. Klagebefugnis - § 42 II VwGO

Die Klagebefugnis gem. § 42 II VwGO ist gegeben, wenn eine Verletzung des Klägers in seinen subjektiven Rechten durch den angegriffenen Rechtsakt zumindest möglich erscheint.

- Der A ist Adressat der Untersagungsverfügung und somit in Anwendung der Adressatentheorie zumindest in seiner allgemeinen Handlungsfreiheit gem. Art. 2 I GG betroffen.
- In Betracht kommt ferner eine Betroffenheit in Art. 12 GG
- Damit ist der A klagebefugt.

IV. Klagegegner - § 78 VwGO

Der taugliche Klagegegner bestimmt sich grundsätzlich nach dem Rechtsträgerprinzip gem. § 78 I Nr. 1 VwGO.

- Vorliegend handelt die zuständige Behörde der kreisfreien Stadt B.
- Rechtsträgerin der Behörde ist die kreisfreie Stadt B.
- Die kreisfreie Stadt B ist damit taugliche Beklagte.

V. Beteiligten- und Prozessfähigkeit - §§ 61, 62 VwGO (+)

VI. Vorverfahren - §§ 68 ff. VwGO

Ein Vorverfahren im Sinne der §§ 68 ff. VwGO ist in NRW grundsätzlich gem. § 110 I JustG NRW entbehrlich.

VII. Klagefrist - § 74 VwGO

Die Klagefrist richtet sich grundsätzlich nach § 74 VwGO. Vorliegend ist ein Vorverfahren gem. §§ 68 ff. VwGO entbehrlich, sodass die Klagefrist gem. § 74 I 2 VwGO gilt. Demzufolge muss die Klage binnen eines Monats nach Bekanntgabe erhoben werden.

Vorliegend hat der A gegen die Untersagungsverfügung unverzüglich Klage eingelegt. Von einer Einhaltung der Klagefrist ist somit auszugehen.

Folglich ist die Anfechtungsklage des A zulässig.

B. Begründetheit

Die Anfechtungsklage ist begründet, soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig ist und den Kläger in seinen subjektiven Rechten verletzt (§ 113 I 1 VwGO).

I. Rechtmäßigkeit des VA

1. Ermächtigungsgrundlage

- Taugliche Ermächtigungsgrundlage ist vorliegend der § 35 I GewO.

2. Formelle Rechtmäßigkeit

Der Verwaltungsakt müsste zudem formell rechtmäßig sein. Dies ist der Fall, wenn die zuständige Behörde gehandelt hat und dabei alle einschlägigen Verfahrens- und Formvorschriften eingehalten wurden.

a) Zuständigkeit

Vorliegend hat die örtlich und sachlich zuständige Behörde gehandelt.

b) Verfahren

Zudem müsste die Behörde das Verwaltungsverfahren gem. §§ 9 ff. VwVfG eingehalten haben. Im Grundsatz gilt zwar eine Nichtförmlichkeit des Verwaltungsverfahrens gem. § 10 VwVfG. Der § 28 VwVfG sieht jedoch vor, dass vor Erlass eines Verwaltungsaktes eine Anhörung erfolgen muss.

- Vorliegend hat die Behörde die Untersagungsverfügung erlassen, ohne den A zuvor gem. § 28 I VwVfG anzuhören.
- Die Anhörung war auch nicht gem. § 28 II VwVfG entbehrlich.
- Der Behörde steht jedoch die Möglichkeit zu, die fehlende Anhörung im Prozess nachzuholen und damit eine **Heilung des Verfahrensfehlers gem. § 45 I Nr. 3 VwVfG** herbeizuführen.

c) Form

Die Behörde müsste weiterhin die Formvorschriften eingehalten haben. Der **§ 37 II 1 VwVfG** statuiert im Grundsatz eine **Formfreiheit des Verwaltungsaktes**. Mangels entgegenstehender Angaben im Sachverhalt ist von einer Einhaltung der Formvorschriften auszugehen.

Damit ist der Verwaltungsakt formell rechtmäßig, soweit die Behörde im Prozess die Anhörung nachholt.

3. Materielle Rechtmäßigkeit

Der Verwaltungsakt ist materiell rechtmäßig, wenn die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage erfüllt sind (Tatbestand) und die Behörde eine ordnungsgemäße Rechtsfolge gewählt hat.

a) Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage

Der § 35 I GewO setzt voraus, dass eine **Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden** vorliegt und die Untersagung zum **Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich** ist.

aa) Unzuverlässigkeit des A

Zunächst müsste der A mit Blick auf den Betrieb seines Gewerbes unzuverlässig sein.

Unzuverlässig ist, wer nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er das von ihm ausgeübte Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreiben wird. Der ordnungsgemäße Betrieb des Gewerbes setzt insbesondere voraus, dass der Gewerbetreibende beim Betrieb des Gewerbes **die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften einhält** und nicht gegen die **Rechtsordnung** verstößt (BVerwGE 36, 288 (289)).

Fraglich ist, ob der Begriff der Unzuverlässigkeit vorliegend gerichtlich vollumfänglich überprüfbar ist. So handelt es sich um einen **unbestimmten Rechtsbegriff**, sodass eine **Einschränkung der gerichtlichen Kontrolldichte** in Betracht kommt.

- Grundsätzlich steht dem Gericht eine **vollumfängliche Kontrolldichte** mit Blick auf unbestimmte Rechtsbegriffe zu, um einen effektiven Rechtsschutz (Art. 19 IV GG) zu gewährleisten.
- Eine Ausnahme gilt, soweit der Behörde ein **Beurteilungsspielraum** zusteht. In diesen Fällen kann das Gericht nur die Rahmenbedingungen der behördlichen Beurteilung überprüfen (v.a. Verfahrensvorschriften, Erwägungsgründe und Entscheidungsmaßstäbe). Ein Beurteilungsspielraum steht der Behörde grundsätzlich zu, soweit die Behörde einen Wissensvorsprung hat und die Entscheidungssituation vor Gericht nicht rekonstruiert werden kann. Anerkannte Fälle sind etwa beamtenrechtliche Bewertungen oder Prüfungsentscheidungen.
- Der Begriff der Unzuverlässigkeit zielt auf eine **Prüfung der Ordnungsmäßigkeit** des Gewerbebetriebes ab und umfasst eine **Prognose dieser Ordnungsmäßigkeit** für die Zukunft. Für die Entscheidungsfindung sind folglich Tatsachen von Relevanz, die unmittelbar mit dem konkret betriebenen Gewerbe zusammenhängen. Diese Tatsachen können vor Gericht ebenfalls erhoben und ausgewertet werden, sodass die Behörde keinen Wissensvorsprung innehat, der ihr einen Beurteilungsspielraum einräumt und damit die gerichtliche Kontrolldichte einschränkt. Die Bewertung der Unzuverlässigkeit ist vor Gericht rekonstruierbar, sodass eine vollumfängliche Kontrolldichte besteht.

Im Folgenden gilt es also zu prüfen, ob der A mit Blick auf den Betrieb seines Gewerbes unzuverlässig ist. In Betracht kommt eine Unzuverlässigkeit sowohl wegen der nicht gezahlten Sozialversicherungsbeiträge als auch wegen des Verstoßes gegen § 263 StGB.

(1) Unzuverlässigkeit wegen der nicht gezahlten Sozialversicherungsbeiträge

Vorliegend hat der A über einen Zeitraum von sechs Monaten die fälligen Sozialversicherungsbeiträge für seine Arbeitnehmer nicht gezahlt.

- Bei der Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge handelt es sich um eine gesetzliche Pflicht, die einen Schutz der Arbeitnehmer bewirkt.
- Der Verstoß des Gewerbetreibenden gegen die sozialversicherungsrechtliche Zahlungspflicht stellt damit einen Verstoß gegen die Rechtsordnung dar, sodass der A sein Gewerbe nicht ordnungsgemäß betrieben hat. Damit liegt grundsätzlich eine Unzuverlässigkeit des A vor.

Die Unzuverlässigkeit des A wegen der nicht gezahlten Sozialversicherungsbeiträge könnte jedoch nachträglich entfallen sein. So hat der A nachträglich alle offenen Forderungen der Sozialversicherung beglichen. Es stellt sich jedoch die Frage, ob dieser Umstand im Prozess zur Berücksichtigung kommen kann. Ausschlaggebend ist hier der **entscheidungserhebliche Zeitpunkt** des Gerichts.

- Im Rahmen der Anfechtungsklage ist grundsätzlich der **Zeitpunkt des letzten behördlichen Handelns** entscheidungserheblich. Etwaige nachträgliche Änderungen der Sach- und Rechtslage sind unerheblich. Eine Ausnahme gilt mit Blick auf **Dauerverwaltungsakte**. In diesem Falle ist der **Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung** entscheidungserheblich.

- Die Gewerbeuntersagung stellt einen Verwaltungsakt dar, der die Ausübung des Gewerbes für die Zukunft dauerhaft untersagt. Damit ist die **Gewerbeuntersagung als Dauerverwaltungsakt** einzustufen, sodass der Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung entscheidungserheblich wäre.
- Etwas anderes könnte sich jedoch aus dem besonderen **Wiedergestattungsverfahren gem. § 35 VI GewO** ergeben. Dieses sieht vor, dass bei einem nachträglichen Wegfall der Unzuverlässigkeit die Ausübung des Gewerbes auf Antrag wieder zu gestatten ist.
 - Einerseits ließe sich dem Wiedergestattungsverfahren gem. § 35 VI GewO eine **abschließende Funktion** beimessen. Demzufolge könnten Umstände, die zu einem nachträglichen Wegfall der Unzuverlässigkeit führen, stets nur im Rahmen des Wiedergestattungsverfahrens zur Berücksichtigung kommen. Eine Berücksichtigung im Rahmen einer verwaltungsgerichtlichen Klage würde dieses besondere Verfahren unterlaufen (so BVerwGE 35, 1)
 - Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass es sich bei dem Wiedergestattungsverfahren gem. § 35 VI GewO bloß um eine **rein formelle Voraussetzung der Antragsstellung** handelt. Diese kann nicht zu einer **Einschränkung des effektiven Rechtsschutzes** gegen Dauerverwaltungsakte führen. Vielmehr sind Dauerverwaltungsakte aufgrund ihrer dauerhaft belastenden Wirkung während der gesamten Wirksamkeitsdauer einer **gerichtlichen Kontrolle** zugänglich zu machen, um eine **Vereinbarkeit mit dem geltenden Recht** sicherzustellen. Dies gilt umso mehr, wenn man berücksichtigt, dass das besondere Wiedergestattungsverfahren gem. § 35 VI 2 GewO grundsätzlich **erst ein Jahr nach der Gewerbeuntersagung** eingeleitet werden kann.
- Das formelle Wiedergestattungsverfahren führt damit nicht zu einer Einschränkung des gerichtlichen Prüfungsmaßstabes. Entscheidungserheblicher Zeitpunkt ist damit die letzte mündliche Verhandlung, sodass die **nachträgliche Zahlung der Beiträge durch A zu berücksichtigen ist**.

Es fragt sich jedoch, ob eine derartige nachträgliche Zahlung die Unzuverlässigkeit entfallen lässt.

- Zwar hat der A seinen Fehler eingesehen und alle Beiträge nachgezahlt. Dies hat er jedoch erst **nach Erlass der Gewerbeuntersagung** getan. Das nachträglich ordnungsgemäße Verhalten des A folgt damit **nicht allein aus einer autonomen Entscheidung** des A, sondern wurde vielmehr **durch das behördliche Einschreiten veranlasst**.
- Insgesamt hat die nachträgliche Zahlung damit weniger Gewicht als der erhebliche Zahlungsverzug vor Erlass der Gewerbeuntersagung. Insbesondere lässt sich wegen einer nachträglichen Besserung nicht ausschließen, dass es zukünftig erneut zu einem Rechtsverstoß durch den A kommt.

Somit ergibt sich eine Unzuverlässigkeit des A bereits aus den nicht gezahlten Sozialversicherungsbeiträgen (andere Ansicht mit entsprechender Begründung vertretbar).

(2) Unzuverlässigkeit wegen der Verstöße gegen § 263 StGB

Eine Unzuverlässigkeit könnte ferner aus etwaigen Verstößen des A gegen § 263 StGB folgen.

- So hat der A im Rahmen seiner Verkaufspraxis die Kunden über Eigenschaften der verkauften Fahrzeuge getäuscht und damit irrtumsbedingt zum Abschluss des Kaufvertrages sowie zur Kaufpreiszahlung veranlasst.
- Darin liegt zumindest ein Eingehungsbetrug, der den Tatbestand des § 263 I StGB erfüllt. Die Begehung eines strafrechtlichen Betruges durch einen Autohändler stellt in jedem Falle einen Verstoß gegen die Rechtsordnung dar, der eine Unzuverlässigkeit begründet.

Fraglich ist jedoch, ob dieser Aspekt im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zur Berücksichtigung kommen kann. Die Behörde hat die Gewerbeuntersagung nämlich zunächst bloß auf die unterbliebene Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge gestützt. Die strafrechtliche Relevanz des Verhaltens des A hat die Behörde hingegen erst im Prozess vorgetragen. Damit stellt sich die Frage, ob ein **Nachschieben von Gründen** durch die Behörde vorliegend zulässig ist.

- Ein solches Nachschieben von Gründen liegt grundsätzlich vor, soweit die Behörde im Prozess weitere **rechtliche und tatsächliche Ausführungen zum VA vorträgt** (hier die strafrechtliche Relevanz der Verkaufspraxis).
- Ein Nachschieben von Gründen ist grundsätzlich zulässig, soweit die Gründe bereits im **entscheidungserheblichen Zeitpunkt** vorlagen und der **VA nicht in seinem Wesen verändert wird**.
- Wie zuvor festgestellt ist der entscheidungserhebliche Zeitpunkt die letzte mündliche Verhandlung. Damit lagen die Gründe im entscheidungserheblichen Zeitpunkt vor. Die Gründe untermauern zudem bloß die Prognoseentscheidung der Unzuverlässigkeit und verändern den VA nicht in seinem Wesen. Folglich ist ein Nachschieben von Gründen zulässig.

Eine Unzuverlässigkeit des A ergibt sich somit auch aus den Verstößen gegen § 263 StGB.

bb) Erforderlichkeit der Gewerbeuntersagung

Die Unzuverlässigkeit des A resultiert einerseits aus einem Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften, die dem Schutze der Arbeitnehmer dienen, und andererseits aus einem Verstoß gegen strafrechtliche Vorschriften, die dem Schutze der Allgemeinheit dienen. Da keine milderen gleich effektiven Mittel denkbar sind, ist die Gewerbeuntersagung erforderlich, um die im Betrieb Beschäftigten sowie die Allgemeinheit zu schützen.

Damit sind die Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage erfüllt.

b) Rechtsfolge

In der Rechtsfolge sieht der § 35 I GewO eine gebundene Entscheidung vor. Die Behörde hat folglich die richtige Rechtsfolge gewählt, indem sie die Gewerbeuntersagung erlassen hat.

Somit ist der Verwaltungsakt auch materiell rechtmäßig.

II. Zwischenergebnis

Somit ist die Gewerbeuntersagung rechtmäßig. Die Anfechtungsklage ist unbegründet.

Die zulässige aber unbegründete Klage des A hat keine Aussicht auf Erfolg.