

# Übungsfall 3

R betreibt ein Reisebüro. Aufgrund seiner Spielleidenschaft gerät er zunehmend privat als auch geschäftlich in Vermögensschwierigkeiten. Nachdem die zuständige Behörde ermittelt hat, dass er völlig überschuldet ist und seinen Zahlungsverpflichtungen nicht mehr nachkommt, untersagt sie ihm die weitere Ausübung seines Gewerbes.

Das ordnungsgemäße Schreiben geht R am 14.12.2011 zu. Zuvor hatte die Behörde ihm einen Anhörungsbogen zugesandt, der von R jedoch unbeachtet blieb.

**Ist die Anordnung der Behörde rechtmäßig?**

# Fortsetzung Übungsfall 3

## § 35 Gewerbeordnung (GewO) - Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit

Die Ausübung eines Gewerbes ist von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden oder einer mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in Bezug auf dieses Gewerbe dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist.

Bearbeitervermerk: Zuverlässigkeit wird definiert als Gewähr, dass das Gewerbe ordnungsgemäß ausgeübt wird.

**Bei Abgabe bis zum 10.01.2011 10.00 Uhr erfolgt eine individuelle Korrektur.  
(per E-mail an: [hagemeib@tu-cottbus.de](mailto:hagemeib@tu-cottbus.de) oder im LG 10 Zi. 319b.**

# Lösung Übungsfall 3

**Die Anordnung ist rechtmäßig, wenn sie auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage beruht und wenn die Anordnung formell sowie materiell rechtmäßig ist.**

**1. Ermächtigungsgrundlage: § 35 GewO**

## **2) Formelle Rechtmäßigkeit**

a) Zuständigkeit (+) Lt. SV hat die zuständige Behörde gehandelt.

b) Verfahren R wurde Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben, dabei ist es unerheblich, dass er davon keinen Gebrauch gemacht hat. Entscheidend ist nur, dass die Behörde ihm die Gelegenheit gegeben hat sich zum Sachverhalt zu äußern. Somit wurde das Verfahren ordnungsgemäß nach § 28 VwVfG durchgeführt.

c) Form

Laut Sachverhalt wurde R das ordnungsgemäße Schreiben zugesandt, insofern kann unterstellt werden, dass die Formvorschriften gem. § 37 Abs. 2 S. 1, § 39 Abs. 1 VwVfG eingehalten wurden.

**Der Bescheid ist formell rechtmäßig.**

# Fortsetzung Lösung Fall 3

## 3) Materielle Rechtmäßigkeit: § 35 GewO

### a) Tatbestandsvoraussetzungen

- Ausübung eines Gewerbes
- Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden (siehe Definition im Bearbeitervermerk )nutzen!
- Tatsachen, die die Annahme der Unzuverlässigkeit rechtfertigen
- Untersagung zum Schutz der Allgemeinheit notwendig, oder der Beschäftigten

R betreibt ein Reisebüro und damit ein Gewerbe im S.v. § 35 GewO. R müßte zudem der Vorwurf der Unzuverlässigkeit gemacht werden können. Unzuverlässig ist derjenige, der nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe ordnungsgemäß führt. Zur ordnungsgemäßen Führung gehört auch, dass der Gewerbetreibende seine Einnahmen und Ausgaben im Blick hat und in der Lage ist seine offenen Rechnungen zu bezahlen.

R befindet sich nicht nur in einem lediglich momentanen Engpass, er ist völlig überschuldet und zahlungsunfähig. Er ist damit nicht in der Lage seinen Zahlungsverpflichtungen nach zu kommen und sein Geschäft ordnungsgemäß zu führen. R ist demzufolge Unzuverlässig.

# Fortsetzung Lösung Fall 3

Zu prüfen ist, ob dadurch eine Gefahr für die Allgemeinheit oder für Beschäftigte besteht. Üblicherweise zahlen Kunden ihre im Reisebüro gebuchten Reisen auch dort und das Reisebüro leitet diese entsprechend an den Reisveranstalter weiter. Das Reisebüro erhält für die Vermittlung eine entsprechende Provision. Dadurch das R völlig überschuldet ist und seine Finanzlage nicht im Griff hat bietet er keine Gewähr dafür, dass die Gelder weitergeleitet werden. Eine ordnungsgemäße Vertragsabwicklung scheint somit gefährdet. Wenn die Reisen nicht bezahlt werden, erhalten die Kunden nicht die gewünschte Reise als Gegenleistung. Insofern besteht hier eine Gefahr für die Allgemeinheit.

## b). Rechtsfolge

2 Bestandteile:

- gebunden: wenn die Vor. vorliegen, muss die Behörde tätig werden in Form ein vollständigen oder teilweisen Untersagung
- Ermessen hinsichtlich der Wahl ob, vollständige oder teilweise Untersagung –

## Fortsetzung Lösung Fall 3

- In § 35 GewO wird die Formulierung „Ist zu untersagen“ gebraucht, demnach hat eine gebundene Entscheidung zu ergehen. Die Behörde hat kein Ermessen ob sie Tätig wird. Sie mußte hier handeln. Dagegen hat sie die Möglichkeit eine teilweise Untersagung oder eine komplette Untersagung auszusprechen. Hinsichtlich des „Wie“ ist ihr ein Ermessen eröffnet.
- Fraglich ist, ob die Behörde ihr Ermessen hinsichtlich des „Wie“ richtig ausgeübt hat. Zu prüfen ist, ob Ermessensfehler vorliegen. Insbesondere ist die Einhaltung der Ermessensgrenzen einer Überprüfung zu unterziehen, dabei ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Wenn keine Anhaltspunkte für weitere Ermessensfehler vorliegen, so ist die Entscheidung nicht dahingehend zu untersuchen.
- Das heißt, die komplette Gewerbeuntersagung müßte verhältnismäßig gewesen sein.
- Die Untersagung soll die Kunden, Geschäftspartner und den Staat vor finanziellen Einbußen schützen, die entstehen könnten da R seinen Zahlungsverpflichtungen nicht nachkommt und dient somit einem legitimen Zweck

## Fortsetzung Lösung Fall 3

- Die Gewerbeuntersagung verhindert, dass R neue Zahlungsverpflichtungen eingeht, die er dann nicht erfüllen kann. Somit ist die Maßnahme geeignet die Allgemeinheit zu schützen.
- Fraglich ist, ob die komplette Untersagung auch erforderlich war, oder ob eine Teiluntersagung bereits ausgereicht hätte. Eine Maßnahme ist erforderlich, wenn es kein weniger einschneidendes Mittel mit gleicher Wirkung gibt. Grundsätzlich wäre es möglich auch eine Teilgewerbeuntersagung auszusprechen oder den finanziellen Rahmen für seine Betätigung zu begrenzen. Beide Möglichkeiten bieten jedoch keinen ausreichenden Schutz die Kunden und Geschäftspartner ect. vor einem Zahlungsausfall des R zu schützen. R bietet keine Gewähr auch nur einen kleinen Teil seines Gewerbes zuverlässig zu führen. Die Untersagung war damit auch erforderlich.
- Die Maßnahme müsste darüber hinaus angemessen gewesen sein. Die Interessen des R sind mit denen der Allgemeinheit abzuwägen

## Fortsetzung Lösung Fall 3

- R ist es nach der Gewerbeuntersagung nicht mehr möglich seine berufliche Tätigkeit auszuüben und ist in seinem Grundrecht aus Art. 12 betroffen. Wenn R seinen Zahlungsverpflichtungen nicht mehr nachkommen kann, erhält der Staat bspw. keine Umsatzsteuer mehr und seine Geschäftspartner keine Rechnungsbeträge. Bei den Geschäftspartnern ist insofern an Art. 14 zu denken, da dieser auch Geldforderungen schützt. R hätte zudem die Möglichkeit grds. zu einem späteren Zeitpunkt, wenn er die erforderliche Zuverlässigkeit wieder erlangt hat, erneut in diesem Bereich tätig zu werden. Die Interessen der Allgemeinheit überwiegen hier dem Einzelinteresse. Die Maßnahme war somit angemessen.
- Der Bescheid war materiell rechtmäßig.
- Die Untersagungsverfügung war somit insgesamt rechtmäßig

# G. VwR - Widerspruchsverfahren

## 1. Ausgangspunkt: Verwaltungsakt

## 2. Einlegung Widerspruch bei der Ausgangsbehörde

§ 70 I S. 1 VwGO

## 3. Entscheidungsmöglichkeiten der Ausgangsbehörde

• Abhilfe (§ 72 VwGO) *oder*

• Abgabe an Widerspruchsbehörde, die Widerspruchsbescheid erläßt (§ 73 Abs. 1 S. 1 VwGO), meist die nächsthöhere Behörde (§ 73 Abs. 1 S. 2 VwGO)

• **Wenn Ausgangs- und Widerspruchsbehörde identisch sind findet nach h.M. kein Abhilfeverfahren statt**

**4. Bei Abgabe an Widerspruchsbehörde ergeht ein Widerspruchsbescheid, der dem Widerspruch stattgibt oder ihn zurückweist.**

– WB zu begründen, mit RBB zu versehen und zustellen, § 73 Abs. 3 VwGO

– dagegen Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage möglich

# G. VwR - Widerspruchsverfahren

## A. Zulässigkeit des Widerspruchsverfahrens

### I. Statthaftigkeit, § 68 Abs. 1 VwGO

- S. 1 vor Erhebung einer Anfechtungsklage (oder Verpflichtungsklage, § 68 Abs. 2 VwGO) d.h. **gerichtet gegen einen VA** und

- S. 2 Widerspruch nicht ausgeschlossen aus den dort genannten Gründen: Gesetz schließt Widerspruchsverfahren aus *oder* VA stammt von einer obersten Bundes- oder Landesbehörde *oder* Abhilfebescheid bzw. WSB enthält erstmalig eine Beschwerde

### II. Form, Frist, § 70 VwGO

#### 1. Frist

§ 70 Abs. 1 S. 1 VwGO: innerhalb **eines Monats** (nicht 4 Wochen!) nach Bekanntgabe des VA bei zutreffender RBB, sonst 1 Jahr (§ 70 Abs. 2 iVm § 58 Abs. 2 VwGO)

- *erst prüfen, ob Monatsfrist eingehalten wurde, wenn nicht, prüfen, ob Fristverlängerung auf 1 Jahr wegen fehlender oder fehlerhafter RBB*

- was RBB enthalten muß, ergibt sich aus § 58 Abs. 1 VwGO

- Fristberechnung: Frist endet mit dem Ablauf des Tages des folgenden Monats, welcher durch seine Zahl dem Tag entspricht, an dem die Bekanntgabe erfolgte; Bsp. Bekanntgabe 1.12. –

Ablauf der Frist 1.1. – fällt **Fristende** auf WE oder Feiertag → Ablauf des nächster Werktags

# G. VwR - Widerspruchsverfahren

## 2. Form

§ 70 Abs. 1 VwGO schriftlich *oder* zur Niederschrift bei der Behörde, die VA erlassen hat

## III. Beschwer

- Im Sinne einer persönlichen Betroffenheit
  - bei belastendem VA – Adressatentheorie – Adressat des VA ist beschwert; bei begünstigendem VA – subj. Recht bzw. Anspruch
- Betroffener nicht mehr beschwert, wenn VA erledigt

## B. Begründetheit des Widerspruchs

Der Widerspruch ist begründet, wenn der angegriffene Verwaltungsakt rechtswidrig ist.

-> siehe Aufbauschema zur Rechtmäßigkeit/ Rechtswidrigkeit

# Fallfragen

- **Fallfragen beachten => Daraus ergibt sich, welches Aufbauschema Anwendung findet.**
  - 1. Hat der Widerspruch/ das Widerspruchsverfahren Aussicht auf Erfolg? Ist der Widerspruch zulässig und begründet?**

=> Zulässigkeit + Begründetheit + Ergebnis: Hat Erfolg/ hat keinen Erfolg
  - 2. War die Maßnahme der Behörde rechtmäßig?**

=> 1. Rechtsgrundlage, 2. formeller Rechtmäßigkeit [Zuständigkeit + Verfahren + Form], 3. materieller Rechtmäßigkeit  
a) Tatbestandsvoraussetzungen b) Rechtsfolge (gebunden oder Ermessen inkl. Ermessensfehler)
  - 3. Was ist dem X zu empfehlen?**

=> Welches Verfahren könnte X einlegen? Zu empfehlen ist es nur dann, wenn es auch Aussicht auf Erfolg hat – siehe Frage 1. Wurde vorher bereits die Rechtmäßigkeit der Maßnahme überprüft, dann ist im Rahmen der Empfehlung nur noch die Zulässigkeit des Widerspruchs zu prüfen.