

Grundbegriffe des Gewerberechts

Was ist ein Gewerbe?

Gewerbe ist eine

- selbständige Tätigkeit, die
- auf Dauer angelegt ist
- und der Gewinnerzielung dient.

Nicht hierzu zählen:

- freie Berufe (Ärzte, Rechtsanwälte)
- Urproduktion (Landwirtschaft, Forstwirtschaft, Bergbau).

Ist die Ausübung eines Gewerbes von einer Erlaubnis abhängig?

Grundsatz	Ausnahmen
Es besteht Gewerbefreiheit, d.h. jeder darf eine Gewerbe ermöglichen. Um eine Kontrolle zum Schutz des Geschäftsverkehrs und der Allgemeinheit zu ermöglichen, ist die Aufnahme einer gewerblichen Tätigkeit jedoch anzuzeigen (Eintragung ins Gewereregister).	Erlaubnispflicht nach GewO oder gewerberechtlichen Nebengesetzen §§ 30 ff. GewO, §§ 1,2 ApothG, § 2 I 1 GaststättenG, §§ 2 ff PBefG, §§ 3 ff. GüKG, §§ 7 ff. HwO

Maßnahmen zur Unterbindung der Gewerbeausübung

Erlaubnisfreie Gewerbe	Erlaubnispflichtige Gewerbe
Da die Ausübung von einer Erlaubnis nicht abhängig ist, kann die Ausübung nach § 35 GewO untersagt werden.	Der Betrieb eines erlaubnispflichtigen Gewerbes ohne Erlaubnis kann nach § 15 GewO stillgelegt werden.

Voraussetzungen des § 35 GewO	Voraussetzungen des § 15 GewO
-------------------------------	-------------------------------

<ol style="list-style-type: none"> 1. Ausübung eines Gewerbes 2. Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden 3. Untersagung erforderlich <ul style="list-style-type: none"> - zum Schutz der Allgemeinheit - zum Schutz der im Betrieb Beschäftigten <p>Einschränkung Gewerbeuntersagung ist ultima ratio. Zunächst ist zu prüfen, ob der ordnungsgemäße Betrieb des Gewerbes nicht durch Auflagen oder eine Teiluntersagung sichergestellt werden kann.</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Ausübung eines Gewerbes 2. Erlaubnispflichtigkeit der Gewerbeausübung 3. Betriebsbeginn ohne erforderliche Erlaubnis
--	---

Rechtsfolge: gebundene Entscheidung	Rechtsfolge: Ermessen
-------------------------------------	-----------------------

	<p style="text-align: center;">Einschränkung des Ermessens:</p> <p>Eine Betriebsstilllegung allein wegen formeller Illegalität (Erlaubnis fehlt, Erlaubnisvoraussetzungen liegen aber vor) ist i.d.R. ermessensfehlerhaft.</p> <p>§ 15 GewO ist auch im Bereich der gewerberechtlichen Nebengesetze anwendbar (s.o., insbesondere GaststättenG, HandwO).</p>
--	---

	<p style="text-align: center;">Gesamtzusammenhang</p> <p>Das Nichtvorliegen einer erforderlichen Erlaubnis kann nicht nur darin begründet sein, dass eine solche nicht beantragt bzw. abgelehnt wurde, sondern auch darin, dass eine erteilte Erlaubnis widerrufen oder zurückgenommen wurde. Auch in diesem Zusammenhang kommt es dann häufig auf die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden an.</p> <p>Für die Gewerbeuntersagung nach § 15 GewO selbst ist diese Unzuverlässigkeit keine Tatbestandsvoraussetzung. Sie ist allein in dem Betrieb des Gewerbes ohne die erforderliche Erlaubnis zu sehen und daher nicht als gesondertes Merkmal in den Tatbestand aufgenommen.</p>
--	---

Die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden

Relevanz: In vielem Bereichen des Gewerberechts kommt es auf die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden an. So ist die Erteilung von gewerberechtlichen Erlaubnissen von der Zuverlässigkeit abhängig und die Unzuverlässigkeit häufig ausdrücklicher Widerrufgrund in den gewerberechtlichen Nebengesetzen. Darüber hinaus ist die Unzuverlässigkeit Voraussetzung für die Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO.

Wann liegt Unzuverlässigkeit vor?

Der Gewerbetreibende ist unzuverlässig, wenn er nach dem Gesamtbild seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er das von ihm ausgeübte Gewerbe in Zukunft ordnungsgemäß ausüben wird.

Wegen der schweren Folgen der Gewerbeuntersagung für den Gewerbetreibenden muss eine besonders verantwortliche Abwägung zwischen den für einen funktionsfähigen Wirtschaftsablauf unerlässlichen gewerbebehördlichen Maßnahmen und den Interessen des Gewerbetreibenden stattfinden. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze bedeutet die Prüfung der gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit als stets eine Bewertung und Prognose im konkreten Einzelfall.

Die Prüfung der Unzuverlässigkeit ist branchenbezogen und konkret, d.h. sie ist im Hinblick auf die vom Gewerbetreibenden jeweils ausgeübte Tätigkeit vorzunehmen; das bedeutet, dass jeweils unterschiedliche Anforderungen zu stellen sind, je nach der Art des ausgeübten Gewerbes und der Sensibilität des Bereiches für Unregelmäßigkeiten.

vgl. Grundsatzentscheidung BVerwG, GewArchiv 82, 298 (300)

Prüfungsgrundlagen

Die vorzunehmende Bewertung im Rahmen der Zuverlässigkeitsprüfung muss auf Tatsachen beruhen. Bloße Vermutungen hinsichtlich der gewerberechtlichen Unzuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden reichen nicht aus.

Auf ein Verschulden des Gewerbetreibenden kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Es soll der Geschäftsverkehr geschützt, nicht das Verhalten des Gewerbetreibenden sanktioniert werden.

Gründe für die Annahme der Unzuverlässigkeit im Einzelnen

1. Straftaten und Ordnungswidrigkeiten

Die einmalige Bestrafung vermag nur dann die Unzuverlässigkeit zu begründen, wenn sie sehr schwerwiegend ist und brachenrelevant ist.. Allerdings Können viele kleinere Gesetzesverletzungen zur Annahme der Unzuverlässigkeit führen, wenn sie einen Hang zur Nichtbeachtung von Vorschriften erkennen lassen. Die Verwertungsverbote des § 51 BZRG sind zu beachten. Eine Begehung bei Ausübung des Gewerbes ist nicht erforderlich, es kommt lediglich darauf an, ob sie sich auf die ordnungsgemäße Gewerbeausübung auswirken.

2. Verletzung steuerlicher Pflichten

Erforderlich ist, dass der Gewerbetreibende seinen steuerlichen Pflichten längere Zeit beharrlich und nachhaltig nicht nachkommt. Allerdings kommt hier nur die Verletzung von steuerlichen Pflichten in Betracht, die mit der Gewerbeausübung in Zusammenhang stehen (Betriebssteuern).

Die öffentliche Hand ist auf den Eingang von Steuern und Abgaben angewiesen, um ihren Verpflichtungen gegenüber der Allgemeinheit genügen zu können. Die Entziehung von steuerlichen Verpflichtungen, schädigt nicht nur die Allgemeinheit, sondern führt auch zur unlauteren Verschaffung eines Vorsprungs im Wettbewerb mit denjenigen, die ihre Steuerpflichten in redlicher Weise erfüllen.

3. Nichtentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen

Auch hier kann die Nichtentrichtung über einen längeren Zeitraum und in nicht unerheblicher Höhe die Unzuverlässigkeit begründen. Allerdings ist vor allem in diesem Zusammenhang die Teiluntersagung zunächst in Betracht zu ziehen, mit der die Beschäftigung von Arbeitnehmern untersagt werden kann.

4. Mangel wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit

Als genereller Grund für Unzuverlässigkeit umstritten, aber jedenfalls anerkannt, wenn der Gewerbebetrieb die Verwaltung fremder Vermögenswerte umfasst oder es auf die finanzielle Vertrauenswürdigkeit und Leistungsfähigkeit besonders ankommt. Teilweise wird der Nachweis wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit in den gewerberechtlichen Nebengesetzen als Erlaubnisvoraussetzung ausdrücklich gefordert.

Auf wessen Unzuverlässigkeit kommt es an?

1. Der Inhaber des Betriebes ist eine natürliche Person.

Zuverlässigkeit des Betriebsinhabers. Hat dieser die Leitung der Geschäfte an einen anderen übertragen, so kommt es auf dessen Zuverlässigkeit an. Wer einem Unzuverlässigen einen maßgeblichen Einfluss auf die Geschäftsführung ermöglicht, ist selbst unzuverlässig.

2. Juristische Person/Personenmehrheiten

Es kommt auf die Personen an, welche die Gesellschaft gesetzlich vertreten, also

- Vorstand
- Geschäftsführer

Bei juristischen Personen wird die Unzuverlässigkeit der Vertretungsberechtigten insofern der juristischen Person zugerechnet.

3. Strohmannverhältnisse u.ä.

Ein Gewerbetreibender ist auch dann unzuverlässig, wenn er Dritten, welche die für die Ausübung eines Gewerbes erforderlich Zuverlässigkeit nicht besitzen, maßgeblichen Einfluss auf die Führung des Gewerbetriebes einräumt oder auch nur nicht willens oder in der Lage ist, einen solchen Einfluss ausschalten. Der maßgebliche Einfluss eines unzuverlässigen Dritten rechtfertigt es aber nur dann, dem Betriebsinhaber das Gewerbe zu untersagen, wenn diese Einfluss auf demselben Gebiet des betrieblichen Rechts- und Wirtschaftsverkehrs zu Tage tritt, auf dem der Dritte unzuverlässig ist (VGH BadW, GewArchiv 86, 58).

Umfang der Gewerbeuntersagung

Grundsätzlich erfolgt die Gewerbeuntersagung nur für das konkret ausgeübte Gewerbe.

Erweiterte Gewerbeuntersagung

1. Die Untersagung kann nach § 35 I 2 GewO auch für sonstige oder sogar für alle Gewerbe ausgesprochen werden, wenn die festgestellten Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass der Gewerbetreibende auch für diese Gewerbe unzuverlässig ist (sog. erweiterte Gewerbeuntersagung). Hierbei handelt es sich allerdings um eine **Ermessensentscheidung**.
2. Darüber hinaus kann die Untersagung auch für unselbständige Tätigkeiten erfolgen im Hinblick auf eine Tätigkeit als Vertretungsberechtigter eines Gewerbetreibenden oder als mit der Leistung eines Gewerbebetriebes beauftragte Person. Die Voraussetzungen für einen solchen gravierenden Eingriff in die Freiheit der Berufswahl sind genau zu prüfen.

Die Versäumung der Widerspruchsfrist

Problem: Inwieweit ist die Nichteinhaltung der Widerspruchsfrist für die Zulässigkeit einer Klage von Belang?

Zusammenhang: Das Widerspruchsverfahren ist besondere Sachentscheidungsvoraussetzung für Anfechtungs- und Verpflichtungsklage.
Nur bei Einhaltung der Widerspruchsfrist wurde das Widerspruchsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt. Eine Prüfungsrelevanz ist daher ohne weiteres anzunehmen. Fraglich ist allein, ob die Versäumung der Widerspruchsfrist für die Zulässigkeit einer Klage relevant ist oder erst im Rahmen der Begründetheit einer Klage zu prüfen ist.

Nach ganz herrschender Meinung ist besondere Sachentscheidungsvoraussetzung der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ist nicht allein der Umstand, dass überhaupt ein Vorverfahren zulässig war. Vielmehr muss dieses auch zulässig gewesen sein.

Die Einhaltung der Widerspruchsfrist ist daher eine besondere Sachentscheidungsvoraussetzung, die im Rahmen der Zulässigkeit der Klage zu prüfen ist (BVerwG DVBl 67, 238;).

Der verfristete Widerspruchsbescheid

Die Entscheidung über einen verfristeten Widerspruch

Problem: Die Behörde entscheidet über einen Widerspruch, der nach Ablauf der Widerspruchsfrist eingelegt wurde?

1. Möglichkeit

Die Behörde weist den Widerspruch wegen Nichteinhaltung der Widerspruchsfrist als unzulässig zurück.

Die Einhaltung der Widerspruchsfrist als besondere Sachentscheidungsvoraussetzung liegt nicht vor, so dass die Klage unzulässig ist.

2. Möglichkeit

Die Behörde setzt sich trotz Ablauf der Widerspruchsfrist (=Unzulässigkeit des Widerspruchs) sachlich mit der getroffenen Entscheidung auseinander und weist den Widerspruch aus sachlichen Gründen zurück. Es liegt dann ein sog. verfristeter Widerspruchsbescheid vor.

Die Wirkungen des verfristeten Widerspruchsbescheides

Problem: Setzt sich die Behörde trotz eingetretener Bestandskraft mit dem Widerspruch sachlich auseinander, so stellt sich die Frage, ob dadurch der wegen der Fristversäumung eigentlich verschlossene Rechtsweg wieder eröffnet und eine Klage zulässig ist

1. Auffassung

Die **Anfechtung** des verfristeten Widerspruchsbescheides ist **nicht möglich**.

Es steht im Ermessen der Behörde, einen VA auch nach Ablauf der Widerspruchsfrist aufzuheben (§§ 48 I, 49 I, 51 I VwVfG). Dementsprechend steht es auch in ihrem Ermessen, die Aufhebung nach Eintritt der Bestandskraft abzulehnen.

Dieser Ermessensspielraum der Behörde führt jedoch nicht dazu, dass es ihr überlassen ist, den Rechtsweg gegen von ihr erlassene Akte nach Belieben auch nach Eintritt der Bestandskraft zu eröffnen.

2. Auffassung

Die **Anfechtung** des verfristeten Widerspruchsbescheides ist **möglich**.

Das der Behörde zustehende Ermessen, auch nach Eintritt der Bestandskraft einen VA aufzuheben macht deutlich, dass die Behörde die Herrin über den Streitstoff ist. Es bleibt ihr also unbenommen, durch sachliche Bescheidung verfristeter Widersprüche dem Betroffenen die Möglichkeit der Beschreitung des Klageweges wieder zu eröffnen. Die Überschreitung der Widerspruchsfrist ist dann für das Klageverfahren nicht mehr beachtlich.

vgl. BVerwG 21, 145; NVwZ 83, 608; Dolde/Porsch in Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 29. EL Oktober 2015, § 70 Rn. 37 ff. mit umfassenden weiteren Nachweisen auch zur nebenstehenden Auffassung.

Besonderheiten bei Drittbeteiligung

Auch die h.M. sieht die Sachherrschaft der Behörde über das Verfahren in den Fällen beschränkt, in denen Dritte beteiligt sind. Hier geht es nicht mehr allein darum, eine dem Betroffenen durch den VA auferlegte Belastung zu beseitigen, sondern ist auch die Betroffenheit des Dritten zu berücksichtigen. Hat der Dritt durch den Eintritt der Bestandskraft eine schutzwürdige Position erlangt, so ist die auch unter Berücksichtigung ihrer Sachherrschaft nicht mehr berechtigt, im diese Position wieder zu entziehen.

Hier kann die bestehende Rechtslage dann nur noch nach den Grundsätzen der Rücknahme rechtswidriger begünstigender VA zu Lasten des Dritten verschlechtert werden.

Ein schutzwürdiges Vertrauen in Drittsituationen besteht jedoch dann nicht, wenn der Dritte selbst ein Widerspruchsverfahren betreibt, weil er dann mit einer Verschlechterung seiner Position rechnen muss.

Darüber hinaus ist eine solche Vertrauensposition auch dann abzulehnen, wenn es um die Schutzwürdigkeit beteiligter Gemeinden geht, es sei denn, die Gemeinde ist in ihrem Recht aus Art. 28 II GG (Selbstverwaltungsangelegenheiten) betroffen.

Lösungsübersicht**Fall 5****A. Zulässigkeit der Klage****I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO****II. Klageart****III. Klagebefugnis, § 42 II VwGO****IV. Vorverfahren, §§ 68 VwGO**

1. Anfechtung des verfristeten Widerspruchsbescheides nicht möglich
2. Klage gegen den verfristeten Widerspruchsbescheid möglich
3. Streitentscheid

V. Klagefrist**VI. richtiger Klagegegner****B. Begründetheit der Klage****I. Rechtswidrigkeit der Gewerbeuntersagung**

1. Ermächtigungsgrundlage
2. Formelle Rechtswidrigkeit
 - a) Zuständigkeit
 - b) Form
 - c) Verfahren
3. Materielle Rechtswidrigkeit
 - a) Vorliegen eines Gewerbes
 - b) Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden
 - c) Erforderlichkeit der Gewerbeuntersagung
 - aa) Schutz der Allgemeinheit
 - bb) Erforderlichkeit
 - d) Wegfall der Voraussetzungen für die Gewerbeuntersagung
 - aa) Eignung der Ratenzahlung
 - bb) maßgebliche Sach- und Rechtslage

II. Ergebnis

Lösung Die übereifrige Behörde

Probleme: Grundzüge Gewerberecht, Gewerbeuntersagung nach § 35 I GewO; Unzuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden; Erforderlichkeit einer Gewerbeuntersagung; Berücksichtigungsfähigkeit von Steuerschulden; **Entscheidung über Widerspruch trotz Ablauf der Widerspruchsfrist**; Ermessen und **unbestimmter Rechtsbegriff**; **maßgeblicher Zeitpunkt** für Ermittlung der Rechtswidrigkeit eines VA;

Blätter:	Die Versäumung der Widerspruchsfrist als besondere Sachentscheidungsvoraussetzung	115
	Der verfristete Widerspruchsbescheid	116
	Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff	30
	Die maßgebliche Sach- und Rechtslage	34
	Grundbegriffe des Gewerberechts	106
	Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden	107
	Auf wessen Unzuverlässigkeit kommt es an?	108

A. Zulässigkeit der Klage

Es müssen die allgemeinen und besonderen Sachentscheidungsvoraussetzungen vorliegen.

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg ist gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet, wenn eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nichtverfassungsrechtlicher Art vorliegt.

Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn sich die streitige Rechtsfolge aus einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis ergibt. Ein solches Rechtsverhältnis wird von Normen geregelt, deren berechtigtes oder verpflichtetes Zuordnungssubjekt ausschließlich ein Träger hoheitlicher Gewalt ist.

Grundlage für die **Gewerbeuntersagung** ist **§ 35 GewO**, wonach die zuständige Behörde berechtigt ist, bei gewerberechtlicher Unzuverlässigkeit die Ausübung eines Gewerbes zu untersagen. Die streitentscheidende Norm berechtigt daher ausschließlich einen Träger öffentlicher Gewalt, so dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt, die auch nichtverfassungsrechtlicher Art ist und keiner Sonderzuweisung unterliegt.

Der Verwaltungsrechtsweg ist damit nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

II. Klageart

Das Begehren des T ist auf die Aufhebung einer Gewerbeuntersagung gerichtet, die ein VA i.S.d. § 35 VwVfG ist, so dass richtige Klageart die **Anfechtungsklage** nach § 42 I 1 1. Alt. VwGO ist.

III. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

T muss nach § 42 II VwGO geltend machen können in eigenen Rechten verletzt zu sein. T ist Adressat der Gewerbeuntersagung, die einen ihn belastenden VA darstellt, so dass er nach der **Adressatentheorie** klagebefugt ist, da immer eine Betroffenheit in Art. 2 GG vorliegen kann.

IV. Vorverfahren, §§ 68 VwGO

Weitere Sachentscheidungsvoraussetzung der Anfechtungsklage ist, dass ein Vorverfahren nach § 68 VwGO durchgeführt wurde. Hier liegt zwar ein Widerspruchsbescheid vor. Allerdings wurde der Widerspruch erst **nach Ablauf der Widerspruchsfrist** von 1 Monat erhoben.

[vgl. Blatt 115: Versäumung der Widerspruchsfrist]

Fraglich ist, ob die fristgerechte Widerspruchseinlegung auch Sachentscheidungsvoraussetzung für eine Anfechtungsklage ist.

Eine m.M. ist der Auffassung, dass das Vorliegen eines Widerspruchsbescheides ausreicht und die Einhaltung der Widerspruchsfrist keine Sachentscheidungsvoraussetzung für die Anfechtungsklage ist (vgl. Nachweise bei Kopp, VwGO, § 70, Rn 6). Dies wird damit begründet, dass die Frage der Bestandskraft eines VA eine materielle Frage sei und daher die Verspätung des Widerspruchs erst bei der materiellen Prüfung zu berücksichtigen sei.

Nach h.M. ist jedoch auch die Einhaltung der Widerspruchsfrist eine Sachentscheidungsvoraussetzung und somit bereits im Rahmen der Zulässigkeit der Klage zu prüfen. Dies wird damit begründet, dass die Unanfechtbarkeit des VA Doppelwirkung habe, die darin zu sehen sei, dass nicht nur materiell-rechtliche Bestandskraft eintritt, sondern auch die verfahrensrechtliche Folge, dass der VA nicht mehr der gerichtlichen Prüfung unterliegt (BVerwG DVBl 67, 238; Kopp, VwGO, § 70 Rn. 6 m.w.N).

Auch die **Einhaltung der Widerspruchsfrist** ist Voraussetzung für ein ordnungsgemäßes Widerspruchsverfahren und damit **Sachentscheidungsvoraussetzung für eine Anfechtungsklage** ist. Im vorliegenden Fall wurde der Widerspruch erst nach Ablauf der Widerspruchsfrist von 1 Monat (§ 70 I VwGO) erhoben. Allerdings ist noch ein Widerspruchsbescheid ergangen. Fraglich ist, ob gegen diesen Widerspruchsbescheid der Klageweg eröffnet ist.

[vgl. Blatt 116: Der verfristete Widerspruchsbescheid]

Unproblematisch ist der Fall, dass der Widerspruch allein wegen Fristversäumnis als unzulässig abgelehnt wird. Hier ist allenfalls eine Bescheidungsklage auf Entscheidung über den Widerspruch wegen fehlender Fristversäumnis möglich. Eine sachliche Überprüfung findet jedoch nicht statt.

Wird hingegen auf einen **verfristeten Widerspruch** hin die Aufhebung nicht allein wegen Berufung auf diese Fristversäumnis abgelehnt, sondern erfolgt nochmals eine sachliche Begründung der Entscheidung, so ist es zum einen denkbar, dass es nur um eine sog. wiederholende Verfügung handelt, in der dem Widerspruchsführer die Gründe für den Bescheid nochmals vor Augen geführt werden (sog. wiederholende Verfügung).

Liegt jedoch eine Entscheidung in der Sache vor, aus der ersichtlich ist, dass der Inhalt der getroffenen Verfügung nochmals überprüft wurde und erfolgt diese Entscheidung gar durch die Widerspruchsbehörde, so liegt tatsächlich ein sachlicher Widerspruchsbescheid vor (sog. **verfristeter Widerspruchsbescheid**).

Im vorliegenden Fall hat Bezirksregierung einen Widerspruchsbescheid mit sachlicher Begründung und unter Auseinandersetzung mit den Fragen der Unzuverlässigkeit des T erlassen. Es liegt daher ein sog. verfristeter Widerspruchsbescheid vor. Es ist umstritten, ob gegen einen solchen der Klageweg noch eröffnet ist.

1. **Nach einer Auffassung** ist eine Anfechtung des verfristeten Widerspruchsbescheides nicht möglich. Zwar wird der Behörde das Ermessen eingeräumt, auch nach Ablauf der Widerspruchsfrist einen belastenden VA aufzuheben, man ist jedoch der Auffassung, dass diese Möglichkeit der Behörde nicht dazu führt, dass eine sachliche Prüfung des Bescheides durch das Gericht erfolgen kann, nachdem die **Bestandskraft** wegen der Verfristung des Widerspruchs eingetreten ist und die Behörde die Aufhebung aus sachlichen Gründen abgelehnt hat.
2. **Nach anderer Auffassung** ist die Klage gegen den verfristeten Widerspruchsbescheid möglich. Es stehe im freien Ermessen der Behörde, den verfristeten Widerspruch sachlich zu bescheiden und damit den Klageweg zu eröffnen. Begründet wird dies damit, dass die Sachherrschaft der Behörde durch die Versäumung der Widerspruchsfrist nicht berührt werde, da außerhalb der streng

formalisierten Prozessrechtsvorschriften die im Verwaltungsverfahren zuständigen Behörden **Herren über den Streitstoff** und deshalb in der Lage blieben, durch sachlich begründete Bescheide die Voraussetzung für einen anschließenden Verwaltungsprozess zu schaffen. Ergeht trotz Verfristung ein sachlicher Bescheid, so soll dies die Beachtlichkeit der Verfristung für das nachfolgende gerichtliche Verfahren ausschließen.

vgl. BVerwG 21, 145; NVwZ 83, 608; Kopp, VwGO, § 70 Rn 9 mit umfassenden weiteren Nachweisen

Besonderheiten bei Drittbeteiligung

Auch nach dieser Auffassung ist allerdings die Möglichkeit der Behörde dem Betroffenen den Klageweg wieder zu eröffnen in Fällen der Drittbeteiligung eingeschränkt. Hat nämlich ein Dritter durch den wegen der Fristversäumung erfolgten Eintritt der Bestandskraft des VA eine schutzwürdige Position erlangt, so ist die Behörde auch unter Berücksichtigung ihrer Sachherrschaft nicht mehr berechtigt, im diese Position wieder zu entziehen. Hier kann die bestehende Rechtslage dann nur noch nach den Grundsätzen der Rücknahme rechtswidriger begünstigender VA verschlechtert werden, Ein solches Vertrauen besteht insbesondere dann aber nicht, wenn der Dritte selbst ein Widerspruchsverfahren betreibt, weil er dann mit einer Verschlechterung seiner Position rechnen muss. Darüber hinaus ist eine solche Vertrauensposition auch dann abzulehnen, wenn es um die Schutzwürdigkeit beteiligter Gemeinden geht, es sei denn, die Gemeinde ist in ihrem Recht aus Art. 28 II GG (Selbstverwaltungsangelegenheiten) betroffen.

3. Da hier kein Fall einer Drittbetroffenheit vorliegt, würden die verschiedenen Auffassungen zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, so dass eine Streitentscheidung geboten ist.

Die Auffassung der h.M. vermag zu überzeugen. Wenn die Behörde selbst belastende VA im Wege der Rücknahme oder des Widerrufs aus der Welt schaffen kann (§§ 48, 49 VwVfG) so ist hieraus zu schließen, dass es ihr unbenommen ist, auch nach **Eintritt der Bestandskraft eine Entscheidung zu revidieren**. Wenn sie dazu berechtigt ist, muss es ihr aber auch möglich sein, die Entscheidung, einen VA nicht aufzuheben, der gerichtlichen Prüfung zu unterstellen, wenn der Betroffene dies wünscht. Angesichts der Herrschaft der Behörde über das Verwaltungsverfahren und den Bestand von VA ist grundsätzlich kein Grund ersichtlich, warum die Behörde dem Betroffenen nicht durch die Entscheidung über einen verfristeten Widerspruch die Möglichkeit der Klage eröffnen soll eröffnen können. Etwas anderes muss nur dann gelten, wenn Dritte beteiligt sind. Hierfür gelten dann aber auch nach der h.M. die o.g. abweichenden Grundsätze.

Es ist daher mit der h.M. davon auszugehen, dass die Klage auch auf der Grundlage eines verfristeten Widerspruchsbescheides möglich ist.

Beachte: *Allerdings hat ein zweifelsfrei verfristeter Widerspruch keine aufschiebende Wirkung. Dies gilt selbst dann, wenn die Behörde über einen solchen verfristeten Widerspruch entscheidet (vgl. VGH Mannheim, NJW 2004, 2690 f.).*

- V. Die Klage ist auch innerhalb der **Monatsfrist** des § 74 I 1 VwGO erhoben worden.
- VI. Die Stadt M ist nach § 78 I Nr. 1 VwGO auch die **richtige Klagegegnerin**. Ihre Beteiligtenfähigkeit ergibt sich aus § 61 Nr. 1 VwGO, die Prozessfähigkeit bei Vertretung durch den Oberbürgermeister aus § 62 III VwGO. T ist ebenfalls nach § 61 Nr. 1 VwGO beteiligtenfähig und nach § 62 I VwGO prozessfähig.

Zwischenergebnis: Die Zulässigkeit der Klage begegnet keinen durchgreifenden Bedenken.

B. Begründetheit der Klage

Die Klage ist nach § 113 I 1 VwGO begründet, wenn die Gewerbeuntersagung rechtswidrig ist und den T in seinen Rechten verletzt.

[vgl. Blatt 106: Grundbegriffe des Gewerberechts]

I. Rechtswidrigkeit der Gewerbeuntersagung

1. **Ermächtigungsgrundlage** für die Gewerbeuntersagung ist § 35 GewO.
2. **Formelle Rechtswidrigkeit**

Die Gewerbeuntersagung könnte zunächst formell rechtswidrig sein.

- a) An der **Zuständigkeit** des OB der Stadt M bestehen nach der Sachverhaltsvorgabe keine Zweifel.
- b) Der Gewerbeuntersagung als Ordnungsverfügung ist entsprechend § 20 I 1 OBG nw **schriftlich** erfolgt und auch mit der nach § 39 I VwVfG **erforderlichen Begründung** versehen.
- c) Fraglich ist allerdings, ob ein formeller Fehler nicht darin zu sehen ist, dass **keine Anhörung** nach § 28 I VwVfG erfolgt ist.

Grundsätzlich ist eine Anhörung nach § 28 I VwVfG zumindest bei jedem belastenden VA erforderlich, so dass T hier zuvor hätte angehört werden müssen. Es sind auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Anhörung nach § 28 II VwVfG ausnahmsweise hätte entbehrlich sein können, so dass das Fehlen der Anhörung zu einem formellen Fehler der Gewerbeuntersagung führen könnte. Dies ist aber nur dann der Fall, wenn keine **Heilung** nach § 45 I Nr. 3 VwVfG feststellbar ist. Hier wurde nach Erlass der Gewerbeuntersagung ein **Widerspruchsverfahren** durchgeführt, bei dem eine sachliche Auseinandersetzung mit den Einwänden des T stattgefunden hat. Durch die Durchführung des Widerspruchsverfahrens ist nach § 45 I Nr. 3 VwVfG eine Heilung des Anhörungsmangels eingetreten, so dass kein formeller Fehler feststellbar ist.

Die Gewerbeuntersagung ist formell rechtmäßig.

3. Materielle Rechtswidrigkeit

Fraglich ist jedoch, ob die Gewerbeuntersagung nach § 35 GewO hätte ergehen dürfen. Nach § 35 GewO hat eine Gewerbeuntersagung zu erfolgen, wenn der Gewerbetreibende **unzuverlässig** ist und die Untersagung zum Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten **erforderlich** ist.

a) **Vorliegen eines Gewerbes**

T müsste zunächst ein Gewerbe i.S.d. GewO betreiben. Ein Gewerbe ist eine selbständige Tätigkeit, die **auf Dauer** angelegt und **auf Gewinnerzielung ausgerichtet** ist.

Insofern ist der Gewerbebegriff abzugrenzen von der Urproduktion (Land- und Forstwirtschaft, Bergbau, Weinbau, Tierzucht, Jagd usw.) nebst eigener Verarbeitung und Verwertung. Darüber hinaus unterfallen auch die freien Berufe (freie wissenschaftliche, künstlerische oder schriftstellerische Tätigkeit, die eine höhere Bildung erfordern) nicht dem Begriff des Gewerbes (Ärzte, Architekten, Rechtsanwälte). Auch die Verwaltung des eigenen Vermögens erfüllt nicht den Begriff des Gewerbes.

Der Betrieb eines Gebrauchtwagenhandels erfüllt diese Voraussetzungen und ist daher als Gewerbe anzusehen.

b) Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden

[vgl. Blatt 107/108: Die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden]

Nach § 35 I 1 GewO ist es darüber hinaus erforderlich, dass T **unzuverlässig** ist.

Dies ist dann der Fall, wenn er nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein **Gewerbe künftig ordnungsgemäß betreiben** wird. Im vorliegenden Fall hat T seine Steuerpflichten nicht ordnungsgemäß erfüllt.

Fraglich ist, ob solche Verfehlungen eine gewerberechtliche Unzuverlässigkeit zu begründen vermögen.

Steuerrückstände, insbesondere Betriebssteuerrückstände, sind geeignet, die Unzuverlässigkeit darzutun, wenn sie sowohl ihrer Höhe nach als auch im Verhältnis zur steuerlichen Gesamtbelastung des Gewerbetreibenden **von Gewicht** sind und sich **über einen längeren Zeitraum** erstrecken.

Dafür ist es belanglos, welche Ursachen zu der Überschuldung des Gewerbetreibenden geführt haben. **Im Interesse eines ordnungsgemäßen und redlichen Wirtschaftsverkehrs** muss von ihm bei anhaltender wirtschaftlicher Leistungsunfähigkeit verlangt werden, dass er seinen Betrieb aufgibt. Diese nicht erfüllte Erwartung ist der eigentliche Grund, den wirtschaftlich leistungsunfähigen Gewerbetreibenden als unzuverlässig zu bewerten. Dieser Grund entfällt nur dann, wenn der Gewerbetreibende trotz seiner Schulden **Zahlungswilligkeit** beweist und nach einem sinnvollen und erfolgversprechenden **Sanierungskonzept** arbeitet (vgl. VGH BadW NVwZ 95, 185). Unzuverlässigkeit lag damit zumindest im Zeitpunkt der Gewerbeuntersagung vor.

c) Erforderlichkeit der Gewerbeuntersagung

Weitere Voraussetzung für die Gewerbeuntersagung ist nach § 35 I GewO, dass die Untersagung des Gewerbes zum **Schutz der Allgemeinheit** oder der im Betrieb Beschäftigten **erforderlich** ist.

Es ist zu beachten, dass es sich hier nicht um eine Erforderlichkeitsprüfung im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung handelt. Die Verhältnismäßigkeit eines Mittels ist zu prüfen, wenn der Behörde Ermessen eingeräumt ist. Die Voraussetzungen für eine behördliche Maßnahme liegen in solchen Fällen vor (Tatbestandsseite einer Norm) und auf der Rechtsfolgen-seite wird der Behörde ein Entscheidungsspielraum bei der Wahl der Mittel eingeräumt. Bei der Gewerbeuntersagung hingegen handelt es sich nach dem eindeutigen Wortlaut des § 35 I GewO („ist“), um eine gebundene Entscheidung. Auf der Rechtsfolgen-seite ist der Behörde daher kein Entscheidungsspielraum eingeräumt. Das Merkmal der Erforderlichkeit in § 35 I 1 GewO ist ein Tatbestandsmerkmal und als solches ein unbestimmter Rechtsbegriff, den die Behörde auslegen muss, um festzustellen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen für eine Gewerbeuntersagung vorliegen. Die Anwendung dieses unbestimmten Rechtsbegriffes unterliegt im Gegensatz zum Ermessen der vollen gerichtlichen Überprüfung.

[vgl. Blatt 30: Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff]

aa) Schutz der Allgemeinheit

Mit diesem einschränkenden Tatbestandsmerkmal wird deutlich gemacht, dass die Gewerbeuntersagung nur das letzte Mittel sein kann, um den Verkehr vor einem unzuverlässigen Gewerbetreibenden zu schützen (**ultima ratio**). Daher ist die Behörde verpflichtet zu prüfen, ob die von der Unzuverlässigkeit ausgehende Gefahr auch ein anderes, weniger einschneidendes Mittel beseitigt werden kann. Insbesondere kommen hier **Auflagen** oder Teiluntersagungen in Betracht.

Gerade bei der Unzuverlässigkeit wegen Steuerschulden ist fraglich, ob hier überhaupt die Allgemeinheit überhaupt geschützt werden muss, also ob eine Gefährdung der Allgemeinheit durch die Nichterfüllung der steuerlichen Pflichten anzunehmen ist.

Die Steuerpflicht besteht zum einen im Interesse der Allgemeinheit an **der Sicherstellung der Finanzierung staatlicher Aufgaben**. Nur wenn die Abgabepflichtigen ihrer Steuerpflicht nachkommen, kann die ordnungsgemäße Funktionsfähigkeit des Allgemeinwesens aufrechterhalten werden. Insofern besteht ein schutzwürdiges Interesse der Allgemeinheit an der Erfüllung der steuerlichen Pflichten.

bb) Erforderlichkeit

Zum Schutz dieses Interesses müsste die Gewerbeuntersagung auch erforderlich sein. Dann dürfte **kein milderes Mittel** zur Verfügung stehen.

Ein teilweise Gewerbeuntersagung kommt als milderes Mittel zur Zweckerreichung jedenfalls nicht in Betracht, da T seine Steuerschulden nicht nur im Hinblick auf die für seine Arbeitnehmer abzuführenden Lohnsteuer, sondern auch im Hinblick auf die sonstigen Betriebssteuern nicht beglichen hat.

Die Gewerbeuntersagung war daher auch erforderlich.

d) Wegfall der Voraussetzungen für die Gewerbeuntersagung

Fraglich ist jedoch, ob es von Belang ist, dass T **im Laufe des gerichtlichen Verfahrens** Ratenzahlungen im Hinblick auf die Steuerrückstände aufnimmt.

aa) Zunächst müsste diese Aufnahme der Ratenzahlung überhaupt **geeignet sein**, die **Unzuverlässigkeit zu beseitigen**.

Wenn nach den obigen Ausführungen der Grund für die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden bei Bestehen höherer Steuerrückstände der Umstand ist, dass der Verkehr vor anhaltender finanzieller Leistungsunfähigkeit geschützt werden muss, so entfällt dieser Grund, wenn Anhaltspunkte dafür bestehen, dass diese **finanzielle Leistungsunfähigkeit nicht mehr gegeben** ist und der Gewerbetreibende auch Willens ist, seine steuerlichen Pflichten zu erfüllen.

Im vorliegenden Fall hat T gegenüber dem Finanzamt Ratenzahlung angeboten und auch die ersten Raten bereits gezahlt, so dass von der **Wiederherstellung der gewerberechtlichen Zuverlässigkeit** ausgegangen werden kann.

bb) Dies müsste aber auch im vorliegenden Verfahren Berücksichtigung finden können.

[vgl. Blatt 34: Die maßgebliche Sach- und Rechtslage]

§ 113 I 1 VwGO stellt nur darauf ab, ob der VA im **Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung** rechtswidrig ist. Er sagt jedoch nichts darüber aus, wann dies der Fall ist. Dies beurteilt sich nach materiellem Recht.

Bei der Frage, welche Sach- und Rechtslage zugrunde zu legen ist, ist im Grundsatz davon auszugehen, dass es bei der Anfechtungsklage auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung ankommt. Zum Zeitpunkt der Erlasses der Widerspruchsbescheides lag die Unzuverlässigkeit des T noch vor, so dass die Gewerbeuntersagung rechtmäßig erfolgt wäre.

Dies gilt jedoch auch bei der Anfechtungsklage nicht ausnahmslos. Die vorstehende Regel ist sachgerecht, wenn es sich um **rechtsgestaltende VA** mit einmaliger Wirkung handelt. Für VA, die Dauerwirkungen auslösen, muss jedoch etwas anderes gelten. Bei ihnen ist eine ständige Kontrolle dahingehend erforderlich, ob die Voraussetzungen für diese Dauerwirkungen noch bestehen. Sind sie weggefallen, sind die Wirkungen, die von dem **Dauer-VA** ausgehen nicht mehr von der Ermächtigungsgrundlage gedeckt und er wird daher rechtswidrig, wenn keine Aufhebung erfolgt. Für solche VA muss daher die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung maßgebend sein (vgl. Kopp, VwGO, § 113 Rn 25 a m.w.N; auch Klein NVwZ 90, 634).

Im vorliegenden Fall kommt es daher auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung an, wenn es sich bei der Gewerbeuntersagung um einen Dauer-VA handelt.

Der **Betrieb eines Gewerbes** ist nach der Gewerbeordnung **grundsätzlich erlaubnisfrei**, wenn nicht Sondervorschriften eingreifen. Wird daher im Einzelfall die Ausübung eines Gewerbes untersagt, so wird diese Freiheit der Gewerbeausübung für die Dauer der Geltung der Untersagung beschränkt. Die **Wirkungen der Gewerbeuntersagung** sind daher **auf Dauer** angelegt und entsprechen den Merkmalen eines Dauer-VA, so dass es grundsätzlich auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung ankommen müsste.

Von diesem Grundsatz ist jedoch für die Gewerbeuntersagung eine Ausnahme zu machen, da eine ausdrückliche gesetzliche Regelung darüber vorliegt, wie solche Veränderungen der Sach- und Rechtslage nach der letzten behördlichen Entscheidung über die Gewerbeuntersagung zu berücksichtigen sind. In **§ 35 VI 2 GewO** ist vorgesehen, dass der Gewerbetreibende bei Wegfall der Voraussetzungen für die Annahme der Unzuverlässigkeit die **Wiedergestattung** der Gewerbeausübung erst nach **1 Jahr** beanspruchen kann. und diese Wiedergestattung von einem Antrag des Gewerbetreibenden abhängig ist. Die Behörde ist daher – anders als bei sonstigen Dauer-VA – nicht gehalten, ständig zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung der Gewerbeuntersagung noch weiterhin vorliegen. Vielmehr ist die Wiedergestattung von der Initiative des Betroffenen abhängig und kann erst nach 1 Jahr erfolgen. Hierzu ist ein vor der Behörde durchzuführendes Verfahren erforderlich, § 35 VI GewO vorsieht. Selbst bei längerer Dauer des gerichtlichen Verfahrens ist daher eine Berücksichtigung im Gerichtsverfahren nicht möglich. Der Betroffene muss vielmehr einen Antrag an die Behörde richten.

Aus diesen Gründen sind die für Dauer-VA dargestellten Grundsätze auf die Gewerbeuntersagung nicht anwendbar und es bleibt daher bei der allgemeinen Regel, dass es für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Gewerbeuntersagung auf den Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung ankommt.

Der Wegfall der Unzuverlässigkeit des T kann daher im vorliegenden Verfahren nicht berücksichtigt werden. Die Gewerbeuntersagung ist daher nicht zu beanstanden.

II. Ergebnis: Die Klage ist unbegründet und hat daher keine Aussicht auf Erfolg.

Wiederholungsfragen**Fall 5: Die übereifrige Behörde**

1. Ist die **Einhaltung der Widerspruchsfrist** eine **besondere Sachentscheidungsvoraussetzung** für die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage? Warum?
2. Was versteht man unter einem **verfristeten Widerspruchsbescheid**?
3. Ist die Behörde berechtigt, einen solchen zu erlassen?
4. Ist gegen einen solche die Klage zulässig?
5. Was ist bei **Beteiligung von Dritten** zu beachten? Nennen Sie ein Beispiel?
6. Was ist ein **Gewerbe**?
7. Welche gewerberechtlichen **Gesetze** kennen sie?
8. Ist der Betrieb eines Gewerbes **erlaubnispflichtig**?
9. Nach welcher Vorschrift kann der **Betrieb eines erlaubnispflichtigen Gewerbes untersagt** werden?
10. Welches sind die Voraussetzungen?
11. Handelt es sich hierbei um eine **gebundene Entscheidung**?
12. Nach welcher Vorschrift kann der **Betrieb eines erlaubnisfreien Gewerbes untersagt** werden?
13. Welches sind die Voraussetzungen?
14. Handelt es sich hierbei um eine **gebundene Entscheidung**?
15. Wann ist ein Gewerbetreibender **unzuverlässig**?
16. Kommt es auf **Verschulden** an?
17. Nennen Sie einige **Umstände**, welche die Unzuverlässigkeit begründen können?
18. Kommt es immer nur auf die Unzuverlässigkeit des **Betriebsinhabers** an?
19. Was versteht man unter einer **erweiterten** Gewerbeuntersagung?
20. Auf welchen Zeitpunkt der **Sach- und Rechtslage** kommt es bei der Anfechtungsklage grundsätzlich an?
21. Gibt es hierzu **Ausnahmen**? Wenn ja, welche?
22. Gilt dies auch für die Gewerbeuntersagung?
23. Was ist der Unterschied zwischen **Ermessen und unbestimmtem Rechtsbegriff**?
24. Ist das Merkmal der **Erforderlichkeit** in § 35 I 1 GewO ein Tatbestandsmerkmal oder eröffnet es der Behörde einen Ermessensspielraum?
25. Können unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen auch **in einer Norm** auftauchen?
26. Was ist ein **unbestimmter Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum**?
27. Sind **Prüfungsentscheidungen** gerichtlich überprüfbar und wenn ja, in welchem Umfang?
28. Was versteht man unter einer **Ermessensreduzierung auf Null**?
29. Wo ist das **relevant**?