

## 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.

## Prüfungsaufbau des Verfahrens nach § 80 V VwGO

Anordnung der aufschiebenden Wirkung; § 80 II 1 Nr. 1 – 3, 2 VwGO	Aufhebung der Anordnung der sofortigen Vollziehung (AosV), § 80 II Nr. 4, III VwGO
<b>A. Zulässigkeit des Antrags</b>	<b>A. Zulässigkeit des Antrags</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 VwGO</li> <li>II. Beteiligtenfähigkeit</li> <li>III. Prozessfähigkeit</li> <li>IV. Postulationsfähigkeit</li> <li>V. Verfahrensart               <ul style="list-style-type: none"> <li>1. Antragsbegehren</li> <li>2. richtige Antragsart: Abgrenzung zu § 123 VwGO</li> <li>3. Nichteintritt des Suspensiveffekts gesetzlicher Fall des Ausschlusses, § 80 II 1 Nr. 1 – 3, 2 VwGO</li> </ul> </li> <li>VI. Antragsbefugnis, § 42 II analog</li> <li>VII. richtiger Antragsgegner, § 78 VwGO</li> <li>VIII. Rechtsschutzbedürfnis               <ul style="list-style-type: none"> <li>1. Einlegung des Rechtsbehelfs in der Hauptsache</li> <li>2. keine offensichtliche Unzulässigkeit des Rechtsbehelfs in der Hauptsache</li> <li>3. bei § 80 II Nr. 1 VwGO: Antrag auf Aussetzung der Vollziehung an Behörde (§ 80 VI VwGO)</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>I. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs, § 40 VwGO</li> <li>II. Beteiligtenfähigkeit</li> <li>III. Prozessfähigkeit</li> <li>IV. Postulationsfähigkeit</li> <li>V. Verfahrensart               <ul style="list-style-type: none"> <li>1. Antragsbegehren</li> <li>2. richtige Antragsart: Abgrenzung zu § 123 VwGO</li> <li>3. Nichteintritt des Suspensiveffekts Anordnung der sofortigen Vollziehung durch die Behörde, § 80 II 1 Nr. 4, III VwGO</li> </ul> </li> <li>VI. Antragsbefugnis, § 42 II analog</li> <li>VII. richtiger Antragsgegner, § 78 VwGO</li> <li>VIII. Rechtsschutzbedürfnis               <ul style="list-style-type: none"> <li>1. Einlegung des Rechtsbehelfs in der Hauptsache</li> <li>2. keine offensichtliche Unzulässigkeit des Rechtsbehelfs in der Hauptsache</li> <li>3. vorheriger Antrag an Behörde nicht erforderlich</li> </ul> </li> </ul>
<b>B. Begründetheit bei § 80 II 1 Nr. 1 – 3, 2 VwGO</b>	<b>B. Begründetheit bei § 80 II 1 Nr. 4, III VwGO</b>
<ul style="list-style-type: none"> <li>I. Erfolgsaussichten in der Hauptsache nach summarischer Prüfung               <ul style="list-style-type: none"> <li>1. Zulässigkeit</li> <li>2. Begründetheit                   <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Rechtswidrigkeit des VA                       <ul style="list-style-type: none"> <li>aa) EGL für VA</li> <li>bb) formelle Rechtmäßigkeit                           <ul style="list-style-type: none"> <li>(1) Zuständigkeit</li> <li>(2) Form</li> <li>(3) Verfahren</li> </ul> </li> <li>cc) materielle Rechtswidrigkeit Vorliegen der Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage                           <ul style="list-style-type: none"> <li>b) Rechtsverletzung</li> </ul> </li> </ul> </li> </ul> </li> <li>II. Interessenabwägung</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>Rechtswidrigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehung               <ul style="list-style-type: none"> <li>I. RGL: § 80 II 1 Nr. 4, III VwGO</li> <li>II. formelle Rechtswidrigkeit der AOsV                   <ul style="list-style-type: none"> <li>1. Zuständigkeit der Behörde</li> <li>2. Form: insbesondere schriftliche Begründung, § 80 III 1 VwGO</li> <li>3. Verfahren: insbes. Anhörung, § 28 VwVfG</li> </ul> </li> <li>III. materielle Rechtswidrigkeit der AOsV                   <ul style="list-style-type: none"> <li>1. Erfolgsaussichten in der Hauptsache nach summarischer Prüfung                       <ul style="list-style-type: none"> <li>a) Zulässigkeit</li> <li>b) Begründetheit                           <ul style="list-style-type: none"> <li>aa) Rechtswidrigkeit des VA                               <ul style="list-style-type: none"> <li>(1) EGL für VA</li> <li>(2) formelle Rechtswidrigkeit                                   <ul style="list-style-type: none"> <li>(a) Zuständigkeit</li> <li>(b) Form</li> <li>(c) Verfahren</li> </ul> </li> <li>(3) materielle Rechtswidrigkeit Vorliegen der Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage                                   <ul style="list-style-type: none"> <li>bb) Rechtsverletzung</li> </ul> </li> </ul> </li> </ul> </li> <li>2. besonderes Interesse an sofortiger Vollziehung</li> </ul> </li> </ul> </li> </ul> </li></ul>

# Die Abgrenzung zu § 123 VwGO

## Grundsatz

§§ 80, 80 a VwGO sind einschlägig, wenn der Betroffenen sich gegen einen belastenden VA wendet, in der Hauptsache also die Anfechtungsklage richtige Klageart ist und um den Suspensiveffekt gestritten wird.

## Sonderfälle

### Allgemeinverfügungen, § 35 S. 2 VwVfG

1. An bestimmte Personen oder einen bestimmbaren Personenkreis gerichtete Allgemeinverfügungen (sog. personale Allgemeinverfügungen).  
Hier stellt die Allgemeinverfügung nur eine Bündelung von VA dar, die ansonsten auch mit der Anfechtungsklage anzufechten wären, so dass einstweiliger Rechtsschutz über § 80 V VwGO zu suchen ist. Allerdings muss der Antragsteller zum Kreis der Betroffenen gehören und in seinen Rechten verletzt sein können.
2. dingliche Allgemeinverfügungen (z.B. Widmung): Verfahren nach § 80 V VwGO möglich (BVerwGE 64, 352)

### VA mit Nebenbestimmungen

Isolierte Anfechtungsklage und damit Verfahren nach § 80 V VwGO ausgeschlossen,

1. wenn das Gericht das behördliche Ermessen ausüben würde, ohne dass eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt oder
2. eine modifizierende Auflage vorliegt (hier ist gar keine Nebenbestimmung gegeben)

### Antragsablehnung

Hier kommt im Normalfall eine Anfechtungsklage nicht in Betracht, sondern die Verpflichtungsklage ist einschlägig. Anders nur, wenn ausnahmsweise eine isolierte Anfechtungsklage möglich ist.

### Faktische Vollziehung

Ein VA wird trotz Eintritt der aufschiebenden Wirkung von der Behörde vollzogen. Hier wäre § 80 V VwGO eigentlich nicht einschlägig, weil die aufschiebende Wirkung eingetreten ist und daher nicht angeordnet werden kann. Gleichwohl ist es unter dem Gesichtspunkt der Wahrung effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 IV GG) erforderlich, dem Betroffenen hier die Rechtsschutzmöglichkeit nach § 80 V VwGO einzuräumen.

### Ausländerrecht

Hat der Ausländer aufgrund von § 81 III AufenthG ein vorübergehendes fiktives Aufenthaltsrecht oder wird auf Grundlage dieser Vorschriften geduldet, so hat er ein schützenswertes Interesse an der aufschiebenden Wirkung eines Widerspruchs, da mit Suspendierung des Ablehnungsbescheides die für ihn günstigen Wirkungen des § 81 III AufenthG fortwirken (VGH Kassel NVwZ-RR 91, 427; BVerwG NVwZ 87, 504)

### Beamtenrecht (Konkurrenzverhältnis)

Wird ein Beamter bei der Bewerbung z.B. um eine Beförderungsstelle abgelehnt und die Stelle einem Mitbewerber zugesprochen, so ist der Beamte hierüber angemessene Zeit vorher zu informieren. Wenn er hiergegen angehen möchte, reicht es nicht aus, die eigene Beförderung durchzusetzen, sondern die Beförderung des Mitbewerbers muss auch angegriffen werden. Hierzu reicht der Klageweg nicht aus, da eine einmal erfolgte Beförderung nicht wieder rückgängig zu machen ist. Daher muss der Beamte die Besetzung der Stelle im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes im Verfahren nach § 123 VwGO verhindern (BVerfG NJW 90, 501; BVerwGE 80, 127) und kann sich nicht auf die Anfechtung beschränken.

### Schulrecht

1. Streit um Versetzung usw.: Es wird eine Erweiterung des Rechtskreises erstrebt, so dass Rechtsschutz über § 123 VwGO zu suchen ist.
2. Schulorganisationsakte (Klassenauflösung, Samstagsunterricht usw.): Nach heutiger Auffassung ist das Verfahren nach § 80 V VwGO einschlägig (soweit es sich um VA handelt); vgl. OVG Münster DÖV 79, 303; OVG Koblenz NVwZ 86, 1036

### Sozialhilferecht

Werden Sozialhilfeleistungen eingestellt, so ist zunächst daran zu denken, dass es sich hierbei um einen Widerruf handelt, dessen Folgen herausgeschoben werden sollen und daher das Verfahren nach § 80 V VwGO einschlägig ist. Dies würde jedoch nur dann gelten, wenn die Sozialhilfebewilligung als Dauerwaltungsakt anzusehen ist. Die Sozialhilfebewilligung ist allerdings grundsätzlich auf einen bestimmten Zeitraum (i.d.R. Monat) beschränkt. Die Fortsetzung der Zahlungen ist dann jeweils als konkludenter Erlass eines Bewilligungsbescheides anzusehen, so dass kein Widerruf, sondern die Ablehnung eines neuen Sozialhilfebescheides vorliegt. Es ist eine Verpflichtungsklage zu erheben und – da der bestehende Rechtskreis durch die gewünschte vorübergehende Bewilligung erweitert werden soll – einstweiliger Rechtsschutz über § 123 VwGO zu suchen.

# Der Suspensiveffekt

**Begriff:** Unter Suspensiveffekt versteht man den Umstand, dass die Einlegung von **Rechtsmitteln gegen belastende VA** aufschiebende Wirkung haben, der VA also **nicht bestandskräftig** wird und **nicht vollzogen** werden kann.

Der Suspensiveffekt dient dem effektiven Rechtsschutz des von einem belastenden VA Betroffenen (Art. 19 IV GG). Solange der Suspensiveffekt besteht, gehen für ihn von dem VA noch keine Wirkungen aus und seine Position ist bis zum Eintritt der Bestandskraft gesichert.

## Eintritt des Suspensiveffektes

Der Suspensiveffekt tritt ein mit der Einlegung des Rechtsbehelfs und wirkt auf den Zeitpunkt des VA-Erlasses zurück (**ex tunc**). Zur Auslösung des Suspensiveffektes ist zumindest erforderlich,

- Eröffnung des **Verwaltungsrechtswegs**
- Vorliegen eines **VA**
- **Antragsbefugnis**, § 42 II analog
- Einhaltung der **Rechtsbehelfsfrist**.

In diesen Fällen soll vermieden werden, dass der Betroffene allein durch die Einlegung des Rechtsbehelfs die **Vorteile des Suspensiveffektes** erlangen kann, **obwohl** sein Rechtsbehelf schon aus formalen Gründen **keinerlei Aussicht auf Erfolg** hat.

Die aufschiebende Wirkung **endet** nach § 80b I 1 1. HS VwGO grundsätzlich mit dem **Eintritt der Unanfechtbarkeit** des VA.

## Wirkungen des Suspensiveffekts

### Vollziehbarkeithemmung

Es besteht Einigkeit dahingehend, dass der Eintritt des Suspensiveffektes folgende Konsequenzen hat:

1. Vollstreckung i.S. des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes ist nicht möglich
2. Sonstige Maßnahmen, die sich als Vollziehung außerhalb der Verwaltungsvollstreckung darstellen, müssen unterbleiben, d.h. aus einem belastenden VA dürfen keine Konsequenzen gezogen werden (z.B. bei Widerruf eines begünstigenden Dauer-VA muss Leistung zunächst weiter gewährt werden).

### Wirksamkeithemmung

Umstritten ist, ob über die Vollziehbarkeithemmung hinaus durch den Suspensiveffekt auch materiellrechtliche Wirkungen ausgehen.

1. Nach der **Vollziehbarkeitstheorie** tritt nur die nebenstehend beschriebene Vollziehbarkeithemmung ein. Weitere Wirkungen treten nicht ein.
2. Nach der **Wirksamkeitstheorie** wird durch den Suspensiveffekt darüber hinaus auch die materiellrechtliche Wirksamkeit hinausgeschoben.

(vgl. Schoch in Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 29. EL Oktober 2015, § 80, Rn. 103-105)

- a) Nach der **strengen Wirksamkeitstheorie** hat dies zur Folge, dass die Wirksamkeit des VA erst mit der letzten Entscheidung, also mit Bestandskraft mit Wirkung für die Zukunft eintritt. Selbst bei Unterliegen des Anfechtenden entfaltet der VA daher nicht rückwirkend seit seinem Erlass Wirkung, sondern durch die Anfechtung wird die Wirksamkeit tatsächlich und endgültig hinausgeschoben.
- b) Die **vermittelnde Wirksamkeitstheorie** vermeidet dieses unbillige Ergebnis, indem davon ausgegangen wird, dass die Suspendierung der Wirksamkeit mit dem Eintritt der Bestandskraft rückwirkend entfällt. Der VA wird daher rückwirkend seit Erlass wirksam.

# Der gesetzliche Ausschluss der aufschiebenden Wirkung § 80 II Nr. 1 – 3 VwGO

## Öffentliche Abgaben und Kosten, § 80 II 1 Nr. 1 VwGO

### Öffentliche Abgaben

Alle Leistungen zur Sicherstellung der Finanzierung öffentlicher Aufgaben.

#### Steuern, § 3 KAG nw

Steuern sind Geldleistungen, die **nicht** eine **Gegenleistung** für eine besondere Leistung darstellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einnahmen allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft; die Erzielung von Einnahmen kann Nebenzweck sein (vgl. § 3 AO).

#### Gebühren, § 4 II KAG nw

Gebühren sind öffentlich-rechtliche Geldleistungen, die als **Gegenleistung** für individuell zurechenbare öffentlicher Leistungen erhoben werden und dazu bestimmt sind, die Kosten ganz oder teilweise zu decken (vgl. BVerfGE 50, 266; BVerwG DÖV 85, 585)

Beispiel: Entwässerungsgebühr, Rundfunkgebühr

#### Beiträge, § 8 II KAG nw

**Beiträge** sind Geldleistungen, die zur (vollen oder teilweisen) Deckung des **Aufwandes** einer öffentlichen Einrichtung von demjenigen erhoben werden, dem diese zur Nutzung zur Verfügung gestellt wird, ohne dass es auf die tatsächliche Inanspruchnahme ankommt (vgl. BVerwG NVwZ 83, 472) z.B. Erschließungsbeiträge

### Öffentliche Kosten

Hiervon umfasst sind diejenigen Gebühren und Auslagen, die im **Vollzug von Amtshandlungen** in einem förmlichen Verwaltungsverfahren zu zahlen sind. Regelungen hierzu finden sich in den Kostenordnungen der Länder.

**Beispiel:** TÜV-Gebühren; Kosten für Personalausweis

## Unaufschiebbare Anordnungen von Polizeivollzugsbeamten, § 80 II 1 Nr. 2 VwGO

1. **Polizeivollzugsbeamte** sind solche, die der Polizei als solcher angehören. Maßnahmen der Ordnungsbehörden sind hiervon nicht umfasst. Hier kann allenfalls im Einzelfall die sofortige Vollziehung angeordnet werden.
2. Eine Maßnahme ist nur dann **unaufschiebbar**, wenn durch den Eintritt des Suspensiveffektes die Maßnahme grundsätzlich gefährdet würde. Häufig werden die entsprechenden Maßnahmen mündlich oder durch Zeichen angeordnet. Beispiel: Verkehrslenkung, Verkehrszeichen (analoge Anwendung)

## Sonstige Fälle, § 80 II 1 Nr. 3 VwGO

1. **Ausschluss durch Bundesgesetz**
  - Rechtsbehelfe gegen die Ablehnung einer Aufenthaltsgenehmigung (§ 84 I AufenthG),
  - Klage gegen unbeachtliche oder offensichtlich unbegründete Asylanträge (§ 75 AsylG)
  - Nachbarwiderspruch bei Wohnbaumaßnahmen (§ 212a BauGB).
2. **Ausschluss durch Landesrecht bei Landesverwaltung**  
Sofern die Länder nach Landesrecht vollstrecken, fällt hierunter auch der Ausschluss des Suspensiveffektes für die Verwaltungsvollstreckung in § 112 JustizG nw.

## Landesvollstreckung nach Bundesrecht, § 80 II 2 VwGO

Vollstrecken dagegen Landesbehörden nach Bundesrecht, so erlangt § 112 JustizG im Rahmen des § 80 II 2 VwGO Bedeutung.

## Die Anordnung der sofortigen Vollziehung

### § 80 II 1 Nr. 4, III VwGO

#### Allgemeines

§ 80 II 1 Nr. 4 VwGO berechtigt die Behörde in den Fällen, in denen kraft Gesetzes Widerspruch oder Klage aufschiebende Wirkung hätten, den Eintritt dieses Suspensiv-effektes durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung auszuschließen. Hierbei handelt es sich um eine **Ermessensentscheidung**.

Die AOsV ist vom Bestand des zugrunde liegenden VA abhängig (akzessorisch) und daher **kein selbständiger VA**. Sie kann im Hauptsacheverfahren daher nur gemeinsam mit dem zugrunde liegenden VA angefochten werden.

**Ermächtigungsgrundlage** für die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist **unmittelbar § 80 II 1 Nr. 4 VwGO**.

Zuständige für die AOsV ist die Behörde, die den zugrunde liegenden VA erlassen hat.

Die AOsV muss **eindeutig erfolgen** und nach § 80 III VwGO **schriftlich begründet** werden. Eine **Anhörung** ist mangels VA Charakter **nicht erforderlich** (str.).

#### Das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung

##### 1. besonderes Interesse

###### a) öffentliches Interesse

Das besondere Interesse muss jedenfalls über das Interesse an dem VA selbst hinausgehen. Es muss daher ein über den Zweck der Ermächtigungsgrundlage hinausgehendes Interesse feststellbar sein.

###### b) überwiegendes Interesse eines Beteiligten

Eine AOsV kommt hier nur in Betracht, wenn die Ermessensausübung ergibt, dass das Interesse des Beteiligten Vorrang vor allen anderen Interessen hat. Ein Anspruch kommt nur bei Ermessensreduzierung auf Null in Betracht. Anderenfalls kommt – wie üblich – nur ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung in Betracht.

##### 2. Interessenabwägung

Das besondere Interesse an der AOsV ist gegen die Interessen des Betroffenen abzuwägen. Hierbei sind insbesondere die Folgen beim Ausschluss der aufschiebenden Wirkung zu berücksichtigen. Je schwerer die dem Betroffenen auferlegte Belastung und je endgültiger die möglichen Folgen sind, desto gewichtiger müssen demgegenüber die Interessen am Ausschluss des Suspensiveffektes sein.

## Die Begründetheit des Antrags nach § 80 V VwGO

### 1. Möglichkeit

#### Die AOsV ist bereits aus formell rechtswidrig

Der Suspensiveffekt ist ohne weiteres wiederherzustellen, soweit keine Heilung feststellbar ist.

### 2. Möglichkeit

#### Der VA ist offensichtlich rechtswidrig

Der Suspensiveffekt ist wiederherzustellen. Eine Interessenabwägung findet nicht mehr statt, da ein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung eines rechtswidrigen VA von vornherein ausgeschlossen ist (vgl. BVerfG DVBl. 85, 1013; BVerwG NJW 78, 2211)

### 3. Möglichkeit

#### Der VA ist offensichtlich rechtmäßig

1. § 80 II 1 Nr. 1 – 3 VwGO

Der Antrag ist unbegründet.

2. § 80 II 1 Nr. 4, III VwGO

Das allein reicht zur Feststellung der Rechtmäßigkeit der AOsV nicht aus. Vielmehr sieht § 80 II 1 Nr. 3 VwGO vor, dass ein über den VA-Erlass hinausgehendes Interesse vorliegen muss. Auch bei offensichtlicher Rechtmäßigkeit hat daher eine Interessenabwägung stattzufinden (vgl. BVerfG DÖV 79, 900).

### 4. Möglichkeit

#### Der VA ist weder offensichtlich rechtmäßig noch rechtswidrig

Es ist eine umfassende Interessenabwägung erforderlich.

## 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 Gewerberegister).	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"> <li>1. Ausübung eines Gewerbes</li> <li>2. Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden</li> <li>3. Untersagung erforderlich               <ul style="list-style-type: none"> <li>- zum Schutz der Allgemeinheit</li> <li>- zum Schutz der im Betrieb Beschäftigten</li> </ul> </li> </ol> <p><b>Einschränkung</b> 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"> <li>1. Ausübung eines Gewerbes</li> <li>2. Erlaubnispflichtigkeit der Gewerbeausübung</li> <li>3. Betriebsbeginn ohne erforderliche Erlaubnis</li> </ol>
<b>Rechtsfolge:</b> gebundene Entscheidung	<b>Rechtsfolge:</b> Ermessen

#### Einschränkung des Ermessens:

Eine Betriebsstilllegung allein wegen formeller Illegalität (Erlaubnis fehlt, Erlaubnisvoraussetzungen liegen aber vor) ist i.d.R. ermessensfehlerhaft.  
§ 15 GewO ist auch im Bereich der gewerberechtlichen Nebengesetze anwendbar (s.o., insbesondere GaststättenG, HandwO).

#### Gesamtzusammenhang

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.

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.

## 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 Widerrufsgrund 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.

## 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.

<b>Lösungsübersicht</b> <b>Fall 8</b>
--

**Auslegung des Antragsbegehrens****A. Zulässigkeit des Antrags**

- I. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO**
- II. Antragsart**
  1. Klage in der Hauptsache
  2. Nichteintritt des Suspensiveffekts
- III. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog**
- IV. richtiger Antragsgegner**
- V. Zuständiges Gericht**
- VI. Rechtsschutzbedürfnis**
  1. Widerspruchseinlegung
  2. Antrag auf Vollziehungsaussetzung an Behörde
- VII. objektive Antragshäufung**

**B. Begründetheit der Anträge****I. formelle Voraussetzungen der AOsV**

1. Zuständigkeit
2. Form
3. Verfahren
  - a) unmittelbare Anwendung von § 28 VwVfG
  - b) analoge Anwendung von § 28 VwVfG

**II. materielle Voraussetzungen der AOsV****1. materielle Rechtswidrigkeit der AOsV bzgl. des Widerrufs**

- a) Erfolgsaussichten in der Hauptsache**
  - aa) Zulässigkeit der Hauptsache
  - bb) Begründetheit der Hauptsache
    - (1) Ermächtigungsgrundlage für den Widerruf
    - (2) Formelle Rechtswidrigkeit des Widerrufs
      - (a) Zuständigkeit
      - (b) Form- und Verfahrensgemäßheit
    - (3) Materielle Rechtswidrigkeit des Widerrufs
      - (a) Unzuverlässigkeit
        - (aa) „dem Trunke ergeben“.

- (bb) Nichtabführung der Sozialversicherungsbeiträge für die Angestellten.
- (cc) Nichtgewähr künftiger ordnungsgemäßer Gewerbeausübung

**b) Besonderes Vollzugsinteresse**

**2. materielle Rechtswidrigkeit der AOsV bzgl. der Schließungsverfügung**

a) Erfolgsaussichten in der Hauptsache

- aa) Ermächtigungsgrundlage
- bb) Formelle Rechtswidrigkeit der Schließungsverfügung
  - (1) Zuständigkeit
  - (2) Form
  - (3) Verfahren
- cc) Materielle Rechtswidrigkeit der Schließungsverfügung
  - (1) Vorliegen der Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage
  - (2) Ermessensausübung

b) besonderes Vollzugsinteresse

<b>Lösung</b>	Der Wirt als sein bester Gast	
<b>Probleme:</b>	einstweiliger Rechtsschutz nach § 80 V VwGO, Verhältnis von GastG und GewO; Widerruf einer gewerberechtiglichen Erlaubnis und Betriebsschließung; Anordnung der sofortigen Vollziehung	
<b>Blätter:</b>	Allgemeines zum einstweiligen Rechtsschutz	Blatt 109
	<b>Prüfungsaufbau des Verfahrens nach § 80 V VwGO</b>	<b>Blatt 110</b>
	Abgrenzung zu § 123 VwGO	Blatt 111
	<b>Der Suspensiveffekt</b>	<b>Blatt 117</b>
	Der gesetzliche Ausschluss der aufschiebenden Wirkung	Blatt 118
	<b>Die Anordnung der sofortigen Vollziehung</b>	<b>Blatt 119</b>
	<b>Die Begründetheit des Antrags nach § 80 V VwGO</b>	<b>Blatt 120</b>
	<b>Grundbegriffe des Gewerberechts</b>	<b>Blatt 106</b>
	<b>Die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden</b>	<b>Blatt 107/108</b>

### Auslegung des Antragsbegehrens

Welchen Rechtsbehelf (i.w.S.) G beim Verwaltungsgericht (VG) eingelegt hat, ergibt sich nicht unmittelbar aus der Fassung des Antrags im Schriftsatz vom 20.08.2002, in dem G das VG „um Hilfe bittet“. Maßgeblich für das in dem auslegungsfähigen und auslegungsbedürftigen Schriftsatz gestellte **Antragsbegehren** ist das dem VG **erkennbare Rechtsschutzziel**, so wie sich dieses ihm im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bzw. bei Beschlüssen außerhalb der **mündlichen Verhandlung im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung** aufgrund des gesamten Parteivorbringens darstellt.

Eine Anfechtungsklage scheidet als Auslegungsergebnis aus, da der Widerspruch erst am 12.06.2002 eingelegt worden und noch nicht beschieden ist. Ein **offenkundig unzulässiger** Rechtsbehelf (vgl. § 68 Abs. 1 VwGO) ist **nicht das erkennbare Rechtsschutzziel** des G. Eine Anfechtungsklage würde G seinem Ziel, die Gaststätte möglichst ohne Unterbrechung weiterführen zu dürfen auch - selbst wenn sie zulässig wäre - zunächst nicht näher bringen, weil eine ihm günstige Entscheidung im Klageverfahren, selbst wenn sie umgehend erginge, im Sachanspruch nicht vorläufig vollstreckbar ist (vgl. § 167 Abs. 2 VwGO). G dürfte die Gaststätte deshalb vor Rechtskraft der Entscheidung im Hauptverfahren nicht wiedereröffnen. Ziel des Rechtsschutzbegehrens kann daher nur eine Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutzverfahren, d.h. hier die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs sein, da G durch eine Aufhebung der Anordnung der sofortigen Vollziehung des Bescheids des OB vom 10.08.2002 erreicht, dass er die Gaststätte weiterführen darf, ohne erst einen Erfolg im Widerspruchsverfahren oder ggf. ein rechtskräftiges Urteil in der Hauptsache abwarten zu müssen. Der Bescheid vom 10.08.2002 enthält zwei Verfügungen, betreffs derer jeweils zugleich die sofortige Vollziehung angeordnet worden ist: Den Widerruf der Gaststättenerlaubnis und die Schließungsverfügung. Demgemäß richtet sich der Widerspruch des G vom 12.08.2002 gegen beide Verfügungen.

Das beim VG verfolgte Antragsbegehren ist demnach so auszulegen, dass G die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sowohl des gegen den Widerruf als auch des gegen die Schließungsverfügung eingelegten Widerspruchs beantragt.

**Aufbauhinweis:** *Ist bei einer Klage- bzw. Antragshäufung die Zulässigkeitsproblematik beider Anträge gleichartig, so empfiehlt es sich, die Zulässigkeitsprüfung einheitlich durchzuführen und nur innerhalb der einzelnen Zulässigkeitsvoraussetzungen eine getrennte Subsumtion vorzunehmen, soweit dies erforderlich ist. Ist die Gleichartigkeit der Zulässigkeitsproblematik nicht evident, so ist im Zweifelsfall freilich auch aufbaumäßig jeder Antrag gesondert nach Zulässigkeit (und Begründetheit) zu prüfen.*

## A. Zulässigkeit des Antrags

### I. Verwaltungsrechtsweg, § 40 I 1 VwGO

Der Verwaltungsrechtsweg, der auch im vorläufigen Rechtsschutzverfahren gegeben sein muss, ist gem. § 40 I 1 VwGO eröffnet, da sich das streitige Rechtsverhältnis nach den zum öffentlichen Recht gehörenden Vorschriften des GaststättenG und der GewO richtet. Da auch nicht Verfassungsorgane um Verfassungsrecht streiten und auch keine auf- oder abdrängenden Sonderzuweisungen eingreifen, ist der Verwaltungsrechtsweg nach § 40 I 1 VwGO eröffnet.

### II. Antragsart

1. Antragsart ist nach § 80 V 1 VwGO der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs, wenn in dem entsprechenden **Hauptsacheverfahren** für den Rechtsschutz die **Anfechtungsklage** gegeben ist (vgl. § 123 V VwGO) und es dem Antragsteller um den Suspensiveffekt geht. In allen übrigen Fällen ist der vorläufige Rechtsschutz durch die Gerichte gem. § 123 VwGO zu gewähren.

Der Widerruf der Gaststättenerlaubnis und die Schließungsverfügung, gegen deren Vollzug G sich wendet, sind belastende Verwaltungsakte i.S.d. § 35 VwVfG. In der Hauptsache wäre daher die Anfechtungsklage die richtige Klageart.

#### **2. Nichteintritt des Suspensiveffekts**

Der Antrag nach § 80 V VwGO setzt weiterhin voraus, dass Suspensiveffekt tatsächlich nicht eintritt. Hier entfällt die aufschiebende Wirkung beider Widersprüche gem. § 80 II Nr. 4 VwGO wegen der **Anordnung der sofortigen Vollziehung**.

Die Anträge nach § 80 V VwGO sind daher statthaft.

### III. Antragsbefugnis, § 42 II VwGO analog

Für das Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO ist in **analoger Anwendung des § 42 II VwGO** die Antragsbefugnis erforderlich.

Die Antragsbefugnis des G ist gegeben, da er selbst der Adressat der angefochtenen Verwaltungsakte ist und daher nach der **Adressatentheorie** immer in seinen Rechten zumindest aus Art. 2 I GG verletzt sein kann.

### IV. richtiger Antragsgegner

Richtiger Antragsgegner ist analog **§ 78 I Nr. 1 VwGO nw** die Stadt B.

### V. Zuständiges Gericht

Für die Entscheidung über einen Antrag nach § 80 V VwGO ist gem. dieser Vorschrift das **Gericht der Hauptsache** zuständig. G hat das sachlich und örtlich zuständige VG angerufen.

## VI. Rechtsschutzbedürfnis

Es muss auch ein Rechtsschutzbedürfnis bestehen. Insbesondere darf kein einfacherer und leichterer Weg zur Verfügung stehen, das gewünschte Ziel zu erreichen.

### 1. Widerspruchseinlegung

Es ist umstritten, ob der Antrag nach § 80 V VwGO nur zulässig ist, wenn **Widerspruch bereits eingelegt** ist.

- a) Nach einer Auffassung ist **Widerspruch erforderlich**. Aus der Einbindung des § 80 V VwGO in die Gesamtsystematik des § 80 VwGO, d.h. der Rückgängigmachung der Folgen des § 80 II VwGO (Ausschluss der aufschiebenden Wirkung) und damit eine Wiederherstellung bzw. Anordnung der Folgen des § 80 I (aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen), folgt, dass der Antragsteller einen Rechtsbehelf i.S.v. § 80 I VwGO eingelegt haben muss, dessen aufschiebende Wirkung nach Maßgabe des § 80 II VwGO entfällt. Ohne Einlegung von Widerspruch ist der Eintritt von Suspensiveffekt nach § 80 I VwGO gar nicht möglich, so dass dieser auch nicht (wieder-) hergestellt werden kann.
- b) Nach anderer Auffassung setzt das Verfahren nach § 80 V VwGO **nicht** voraus, dass der Antragsteller **bereits Widerspruch eingelegt** hat. Nach dieser Auffassung gebietet es das Gebot des effektiven Rechtsschutzes nach § 19 IV GG, dass vorläufiger Rechtsschutz nicht erst einsetzt, wenn auch ein Rechtsbehelf in der Sache eingelegt ist.

*vgl. Nachweise bei Kopp, VwGO, § 80 Rn 96*

- c) Auf eine Entscheidung des Streits kommt es hier jedoch nicht an, da G gegen den Widerruf der Gaststättenerlaubnis sowie die Schließungsverfügung Widerspruch, d.h. einen Rechtsbehelf i.S.v. § 80 I VwGO, eingelegt hat.

### 2. Antrag auf Vollziehungsaussetzung an Behörde

Eine vorhergehende Anrufung der Behörde ist gem. § 80 VI VwGO nur erforderlich, wenn der Suspensiveffekt nach § 80 II 1 Nr. 1 VwGO entfällt, also bei öffentlichen Abgaben und Kosten. In allen anderen Fällen, also auch bei Wegfall des Suspensiveffekts wegen Anordnung der sofortigen Vollziehung wie hier, kann der Antrag **unmittelbar an das VG** gerichtet werden.

Durchgreifende Bedenken gegen das Rechtsschutzbedürfnis bestehen daher nicht.

## VII. objektive Antragshäufung

Die Verbindung der Anträge müsste **analog § 44 VwGO** zulässig sein. Hier geht es um einen einheitlichen Lebenssachverhalt, für dessen Beurteilung das selbe Gericht zuständig ist. Die Anträge richten sich auch gegen denselben Antragsgegner, so dass die Voraussetzungen für eine objektive Antragshäufung analog § 44 VwGO vorliegen.

**Zwischenergebnis:** Die Anträge nach § 80 V 1 VwGO sind zulässig.

## B. Begründetheit der Anträge

Der auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Widersprüche gerichtete Aussetzungsantrag ist begründet, wenn die Anordnung der sofortigen Vollziehung formell oder materiell fehlerhaft ist.

### I. formelle Voraussetzungen der AOsV

#### 1. **Zuständigkeit**

Der OB hatte den Widerruf und die Schließung ausgesprochen und war damit nach § 80 II 1 Nr. 4 VwGO auch für die AOsV zuständig.

#### 2. **Form**

Das besondere Interesse an der AOsV ist nach § 80 III 1 VwGO **schriftlich zu begründen**. Dies ist im Bescheid vom 10.08.2002 erfolgt.

#### 3. **Verfahren**

Fraglich ist, ob vor Erlass einer AOsV eine Anhörung stattzufinden hat. Dies ist umstritten.

##### **a) unmittelbare Anwendung von § 28 VwVfG**

Eine unmittelbare Anwendung kommt nur in Betracht, wenn es sich bei der AOsV um einen VA i.S.d. § 35 VwVfG handelt. Dies ist im Hinblick auf den Regelungscharakter zweifelhaft.

Eine Regelung liegt vor, wenn die Behörde mit ihrem Verhalten eine Rechtsfolge setzen will. Diese Rechtsfolge kann hier in dem Entzug der nach § 80 I VwGO eigentlich eintretenden aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs gesehen werden.

Allerdings wird nach überwiegender Auffassung gefordert, dass die mit einer behördlichen Handlung herbeigeführte Rechtsfolge auch eigenständig ist. Die AOsV verliert jedoch ohne den VA, zu dem sie ergeht, ihre Bedeutung und dieser akzessorisch. Diese Akzessorietät führt dazu, dass ihr eine selbständige Bedeutung unabhängig von dem VA, zu dem sie ergeht, nicht zukommt und sie deshalb kein VA i.S.d. § 35 VwVfG ist. Darüber hinaus ist sie nicht mit Widerspruch und Klage angreifbar und nicht der Bestandskraft fähig.

*Vgl. OVG Berlin NVwZ 93, 198 ff.; OVG Lüneburg DVBl. 89, 887; VGH Mannheim NVwZ-RR 90, 561; NVwZ 95, 292 [293]; OVG Schleswig, DÖV 93, 169*

Eine unmittelbare Anwendung von § 28 VwVfG kommt daher nicht in Betracht.

*Eine Mindermeinung verzichtet für die Bewertung als VA auf eine Eigenständigkeit der gesetzten Rechtsfolge und kommt deshalb zu dem Ergebnis, dass die AOsV ein VA i.S.d. § 35 VwVfG ist, so dass § 28 VwVfG anwendbar ist.*

##### **b) analoge Anwendung von § 28 VwVfG**

Soweit nach h.M. eine unmittelbare Anwendung von § 28 VwVfG auf den Erlass der AOsV nicht in Betracht kommt, stellt sich die Frage, ob § 28 VwVfG aber nicht jedenfalls analog anzuwenden ist. Die analoge Anwendung einer Norm setzt eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage voraus.

aa) Nach der **überwiegenden Auffassung in der Literatur** liegt eine planwidrige Regelungslücke vor, weil der Gesetzgeber diese Problematik nicht gesehen und im Rahmen der Regelungen über den einstweiligen Rechtsschutz nicht berücksichtigt hat. Das Vorliegen einer vergleichbaren Interessenlage wird damit begründet, dass die AOsV wegen der Aufhebung des für den Betroffenen sehr relevanten Suspensiveffekts eine mit einem VA vergleichbare belastende Tendenz und der sich aus Art. 103 I GG ergebende Anspruch auf rechtliches Gehör es daher gebiete, dem Betroffenen zuvor Gelegenheit zu geben, seine Belange vorzutragen.

vgl. Hufen, VerwProzR, § 32 Rn 17M; Finkelnburg/Jank Rn 619; Kopp/Schenke, § 80, Rn 64 b;

Auch nach dieser Auffassung ist jedoch eine Anhörung entbehrlich, wenn hierdurch eine den **Zweck der AOsV gefährdende Verzögerung** eintreten würde, wie dies auch ähnlich in § 28 II Nr. 1 VwVfG vorgesehen ist (vgl. OVG Lüneburg, DVBl. 89, 887; Emmerich, DÖV 88, 398).

Eine solche Verzögerung ist hier nicht anzunehmen, so dass eine Anhörung speziell zur AOsV hätte erfolgen müssen. Dies ist hier aber auch geschehen, so dass nach dieser Auffassung den Verfahrensanforderungen Genüge getan wurde.

bb) Die **Rechtsprechung** hingegen ist der Auffassung, dass es schon an einer planwidrigen Regelungslücke fehle. Das Verfahren bezüglich der AOsV sei abschließend in § 80 VwGO geregelt. Daneben verbleibe kein Platz für die analoge Heranziehung der verwaltungsverfahrensrechtlichen Vorschriften. Auch der Anspruch auf rechtliches Gehör gebiete keine andere Einordnung, weil der Betroffene regelmäßig vor Erlass des belastenden VA gem. § 28 VwVfG angehört werden müsse und insofern hinreichend Gelegenheit habe, auf seine Belange aufmerksam zu machen.

vgl. OVG Koblenz NVwZ 88, 748; OVG Schleswig DÖV 93, 169; VGH Mannheim NVwZ 95, 292 [293]; OVG Lüneburg, DVBl. 89, 887;

Dennoch wird eine Anhörung (ohne Verpflichtung) für sachgerecht gehalten wenn

- keine dem **Zweck** der AOsV widersprechende Verzögerung eintritt (Pietzner/Ronellenfisch, § 554 Rn 5),
- eine Anhörung zum **Grund-VA** erfolgt (Kopp/Schenke, VwGO, § 80 Rn 64b),
- der VA zum Zeitpunkt der AOsV **bereits angefochten** ist (OVG Lüneburg DVBl. 92, 318).

Die AOsV ist daher auch nach dieser Auffassung verfahrensgemäß ergangen, so dass eine Streitentscheidung entbehrlich ist.

Die AOsV ist formell rechtmäßig.

## II. materielle Voraussetzungen der AOsV

In materieller Hinsicht ist die Vollzugsanordnung fehlerhaft, wenn **kein überwiegendes Vollzugsinteresse** besteht (§ 80 II Nr. 4 VwGO). Die Anordnung sofortiger Vollziehung setzt nach § 80 II Nr. 4 VwGO tatbestandlich voraus, dass sie entweder im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten geboten ist. Das öffentliche Vollzugsinteresse muss, wie § 80 III 1 VwGO verdeutlicht, ein solches **besonderer Art** sein.

*Es ist zu unterscheiden von dem Interesse, das den Erlass des Verwaltungsaktes rechtfertigt, (sog. **Erlassinteresse**), und muss sich gerade auf den sofortigen, also dringenden Vollzug des Verwaltungsaktes beziehen.*

Vgl. BVerfG JZ 1985, 481; Finkelnburg/Jank, Vorläufiger Rechtsschutz., Rn. 579; Erichsen, Jura 1984, 414, (420 f.); Kopp, § 80 Rdn. 52 m.w.N.

Das öffentliche Vollzugsinteresse ist gegeben, wenn die **Vollziehung nicht ohne schwerwiegende Beeinträchtigung des öffentlichen Interesses aufgeschoben** werden kann. Ob dies der Fall ist, lässt sich nur durch eine Abwägung der für die sofortige Vollziehung sprechenden Gründe mit dem Rechtsschutzinteresse des Betroffenen an der Aufrechterhaltung des status quo durch die aufschiebende Wirkung ermitteln. Dabei sind Natur, Schwere und Dringlichkeit des Interesses an der Vollziehung bzw. der aufschiebenden Wirkung und die etwaige Irreparabilität der Folge einer sofortigen Vollziehung zu berücksichtigen.

Bei der Prüfung der Frage, ob ein besonderes Vollzugsinteresse besteht, sind auch die **Erfolgsaussichten eines in der Hauptsache eingelegten Rechtsbehelfs** zu berücksichtigen. Dies ergibt sich für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung bei öffentlichen Abgaben und Kosten (§ 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VwGO) unmittelbar aus § 80 Abs. 4 S. 3 VwGO, wird aber auch für die sonstigen Fälle des § 80 II VwGO zum Prüfungsgegenstand gemacht.

Dies ist um so mehr geboten, wenn die **Folgen** der Anordnung oder Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung oder der Vollziehung des Verwaltungsaktes **nicht oder nur schwer und unter unzumutbaren Kosten wieder rückgängig** gemacht werden können. Ergibt sich bei der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren gebotenen summarischen Prüfung, dass der Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig und der Rechtsbehelf deshalb offensichtlich begründet ist, so hat das Gericht dem Aussetzungsantrag stattzugeben, da der Grundsatz effektiver Rechtsschutzgewährung ein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung eines offensichtlich rechtswidrigen Verwaltungsaktes ausschließt.

**Dagegen begründet die offensichtliche Aussichtslosigkeit des Rechtsbehelfes für sich alleine kein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung.**

Str., vgl. hierzu Kopp, VwGO, § 80 Rn 54

Würde man allein die fehlenden Erfolgsaussichten in der Hauptsache als zureichende Begründung für die Bejahung des erforderlichen besonderen Vollzugsinteresses ansehen, so liefe das darauf hinaus, das bloße Erlassinteresse als ausreichend anzusehen. Nach der Regelung des § 80 II Nr. 4 VwGO bedarf die sofortige Vollziehung eines Verwaltungsaktes jedoch einer Rechtfertigung, die über die Rechtmäßigkeit des Erlasses hinausgeht. Sie ist, wie aufgezeigt, gegeben, wenn eine **besondere Eilbedürftigkeit oder Dringlichkeit** vorliegt.

Das besondere Vollzugsinteresse ist bei offensichtlich fehlenden Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfes in der Hauptsache gegeben, wenn **neben der offensichtlichen Rechtmäßigkeit** dem Verwaltungsaktes eine **besondere Dringlichkeit oder Eilbedürftigkeit** für einen sofortigen Vollzug sprechen.

## [Vgl. Blatt 106: Grundbegriffe des Gewerberechts]

### 1. materielle Rechtswidrigkeit der AOsV bzgl. des Widerrufs

#### a) Erfolgsaussichten in der Hauptsache

- aa) Gegen die Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs in der Hauptsache bestehen keine Bedenken, es kommt daher auf die Aussichten für die Begründetheit an.

*Dieser Punkt ist anzusprechen, da der einstweilige Rechtsschutzantrag bereits dann gar keinen Erfolg haben kann, weil ein Rechtsbehelf in der Hauptsache sich gar nicht (mehr) wirksam gegen den zugrundeliegenden VA wenden kann (z.B. weil die Widerspruchsfrist schon abgelaufen ist). Es ist allerdings auch möglich diese Problematik bei der Frage der Zulässigkeit des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens unter dem Punkt des Rechtsschutzbedürfnisses zu prüfen und festzustellen, dass ein Rechtsschutzbedürfnis schon dann nicht besteht, wenn ein Rechtsbehelf in der Hauptsache schon bereits offensichtlich unzulässig wäre.*

#### bb) Begründetheit der Hauptsache

Eine Anfechtungsklage ist nach § 113 I 1 VwGO begründet, wenn der Widerruf rechtswidrig und G in seinen Rechten verletzt ist. Es kommt also zunächst auf die Rechtswidrigkeit des Widerrufs an.

**(1) Ermächtigungsgrundlage für den Widerruf**

Ermächtigungsgrundlage für den Widerruf einer Gaststättenkonzession ist **§ 15 II 2 GaststättenG**.

**(2) Formelle Rechtswidrigkeit des Widerrufs**

- (a) Zuständig für den Widerruf der Erlaubnis ist nach § 30 GaststättenG i.V.m. §§ 1, 2 GaststättenVO NW i.V.m. § 3 OBG NW i.V.m. § 41 III GO NW der OB.
- (b) Bedenken hinsichtlich der Form- und Verfahrensgemäßheit des Widerrufs bestehen nicht. Die Schriftform des § 20 OBG NW wurde eingehalten, die Begründung nach § 39 I VwVfG ist erfolgt.

Formelle Rechtswidrigkeit ist daher nicht feststellbar.

**(3) Materielle Rechtswidrigkeit des Widerrufs**

Der Widerruf könnte aber materiell rechtswidrig sein.

Nach § 15 II GaststättenG ist die Erlaubnis zu widerrufen, wenn nachträglich Tatsachen eintreten, die die **Versagung der Erlaubnis nach § 4 I Nr. 1 GaststättenG rechtfertigen** würden. Versagungsgrund gem. § 4 I Nr. 1 GaststättenG ist die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden. Unzuverlässig ist der Gewerbetreibende, der nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß, d.h. im Einklang mit dem geltenden Recht, ausüben wird.

**[vgl. Blatt 103/104: Die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden]**

- (a) **Unzuverlässigkeit** ist stets anzunehmen, wenn der Gewerbetreibende einen der in § 4 I 1 Nr. 1 GaststättenG beispielhaft (insbesondere) genannten Tatbestände erfüllt.
  - (aa) In Betracht kommt hier der Unzuverlässigkeitsgrund, dass der Wirt „**dem Trunke ergeben**“ ist.

Dem Trunke ergeben ist, wer sich **regelmäßig wiederkehrend, mehrmals wöchentlich oder in kurzen Abständen tagelang betrinkt**, nicht aber bereits, wer sich nur gelegentlich oder auch öfters betrinkt.

Ob G „dem Trunke ergeben“ ist, lässt sich aufgrund des Umstands, dass er im 2002 2 x und am 08.08.2002 erneut in angetrunkenem Zustand in seiner Gastwirtschaft angetroffen worden ist, nicht sicher feststellen. Hierzu wäre die Einholung eines Sachverständigengutachtens erforderlich. Im Rahmen der durch § 80 V VwGO gebotenen summarischen Prüfung kann daher nicht festgestellt werden, dass dieser Widerrufsgrund vorliegt. Die **Rechtslage** hinsichtlich des Widerrufs ist damit **offen**.

- (bb) Was die **Nichtabführung der Sozialversicherungsbeiträge** für die Angestellten betrifft, so gehören die Bestimmungen über die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen nicht zu den in § 4 I Nr. 1 GaststättenG angesprochenen Vorschriften des Arbeitsschutzes. Die Unzu-

verlässigkeit des G kann daher **nicht** wegen **Verstoßes gegen Bestimmungen des Arbeitsschutzes** angenommen werden.

- (b) Über die genannten Beispiele hinaus besteht Unzuverlässigkeit aber auch nach der bereits genannten Definition, wenn der Gewerbetreibende **nicht die Gewähr künftiger ordnungsgemäßer Gewerbeausübung** bietet, also bei verständiger Würdigung aller Umstände eine gewisse Wahrscheinlichkeit für eine ordnungswidrige Gewerbeausübung besteht.

*vgl. BVerwGE 49, 154 (156)*

Ordnungswidrig ist auch die gegen steuerliche Verpflichtungen oder Verpflichtungen gegenüber den Sozialversicherungsträgern verstoßende Gewerbeausübung. So lässt die **Nichterfüllung steuerlicher Verpflichtungen** den Gewerbetreibenden als unzuverlässig erscheinen, wenn die Steuerrückstände nicht nur auf schlechte wirtschaftliche Verhältnisse zurückzuführen sind, sondern das bei der Entstehung und Behandlung der Steuerrückstände gezeigte Verhalten des Gastwirts darauf schließen lässt, dass es ihm an dem für die Ausübung seines Gewerbes erforderliche Willen, seine öffentlichen Berufspflichten zu erfüllen, fehlt.

*vgl. BVerwG, VerwRspr. 14,734 Nr. 203; 16, 983.*

Ebenso stellt die Nichtabführung von Arbeitnehmeranteilen in die Sozialversicherung einen so bedenklichen **Mangel an sozialem Verantwortungsbewusstsein** dar, dass sie grundsätzlich zur Annahme der Unzuverlässigkeit führt.

*vgl. BVerwGE 23, 280 (281)*

G hat gegenüber dem Finanzamt nicht nur Steuerrückstände von 80.000,- € , sondern unterlässt bereits seit 10 Monaten die erforderlichen Umsatz- und Lohnsteuervoranmeldungen. Auch die Sozialversicherungsbeiträge für seine beiden Angestellten hat er nicht abgeführt. Das sind beharrliche Verstöße gegen steuerliche Verpflichtungen und Verpflichtungen gegenüber dem Sozialversicherungsträger, die offenkundig auf die Unzuverlässigkeit des G schließen lassen. Die von G vorgebrachten Einwände sind in keiner Weise geeignet, die gegen eine künftige ordnungsgemäße Gewerbeausübung bestehenden Zweifel zu beseitigen, zumal eine Abtragung der Steuerschulden weder auf der Grundlage eines vernünftigen Sanierungskonzeptes ausdrücklich angeboten noch eine Ratenzahlung aufgenommen wurde.

Da ein **Versagungsgrund** gem. § 4 I Nr. 1 GaststättenG **offenkundig vorliegt**, ist der Widerruf der Erlaubnis nach § 15 II i.V.m. § 4 I 1 Nr. 1 GaststättenG geboten und offenkundig rechtmäßig, so dass Erfolgsaussichten in der Hauptsache nicht bestehen.

**b) Besonderes Vollzugsinteresse**

Neben der offensichtlichen Rechtmäßigkeit des Widerrufs der Gaststättenerlaubnis müsste eine **besondere Dringlichkeit oder Eilbedürftigkeit** bestehen, damit ein überwiegendes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung gegeben ist.

Es liegt im öffentlichen Interesse, dass eindeutig aussichtslose, der Aufrechterhaltung und Verlängerung rechtswidriger Zustände dienende Anfechtungen unterbleiben. Das darüber hinaus erforderliche besondere Vollzugsinteresse ergibt sich hier aus der Unzuverlässigkeit des G. Da G die ihm obliegenden Pflichten als Gewerbetreibender in mehrfacher Hinsicht beharrlich nicht erfüllt hat, besteht ein verstärktes öffentliches Interesse daran, die **gewerberechtswidrigen Zustände mit sofortiger Wirkung zu unterbinden und** damit eine **Gefährdung der Gaststättenbesucher und der Allgemeinheit** auszuschließen. Dieses Unterbinden ist nur nach § 15 II GewO möglich; es setzt die sofortige Vollziehung des Widerrufs der Erlaubnis voraus.

Demgegenüber ist das Interesse des G an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung des gegen den Widerruf der Gaststättenerlaubnis eingelegten Widerspruchs als weniger schutzwürdig anzusehen und muss daher zurücktreten. Es besteht daher ein überwiegendes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung gem. § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO.

**Zwischenergebnis:** Der Antrag nach § 80 V VwGO ist somit hinsichtlich der AOsV bzgl. des Widerrufs unbegründet.

**2. materielle Rechtswidrigkeit der AOsV bzgl. der Schließungsverfügung**

Die Anordnung einer sofortigen Vollziehung ist materiell jedenfalls dann nicht fehlerhaft, wenn eine Klage in der Hauptsache Erfolgsaussichten hat, die Klage also zulässig ist, die Schließungsverfügung offenkundig rechtmäßig ist und eine besondere Dringlichkeit oder Eilbedürftigkeit die sofortige Vollziehung rechtfertigen.

**a) Erfolgsaussichten in der Hauptsache**

Gegen die Zulässigkeit des Rechtsbehelfs in der Hauptsache bestehen keine Bedenken, es kommt daher auf die Begründetheit, insbesondere auf die Rechtswidrigkeit der Schließungsverfügung an.

**aa) Ermächtigungsgrundlage**

Eine **ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage** für die Schließung einer Gaststätte, die ohne die erforderlichen Erlaubnisse betrieben wird, **fehlt im GaststättenG**. Die allgemeine gewerberechtliche Ermächtigungsgrundlage für die Schließung von Betrieben erlaubnispflichtiger Gewerbe, die ohne Erlaubnis betrieben werden, ist § 15 II GewO, der gem. **§ 31 GaststättenG** auch im Bereich des Gaststättenrechts Anwendung findet.

In dieser Vorschrift kommt der allgemeine gewerberechtliche Grundsatz zum Ausdruck, dass ein **ohne Erlaubnis aufrechterhaltener Betrieb ein Verstoß gegen die öffentliche Ordnung** ist. Wenn ein Gewerbebetrieb ohne Erlaubnis nicht begonnen werden darf, darf er auch nicht ohne Erlaubnis fortgesetzt werden. Sowie der Inhaber die Erlaubnis verliert, greift das Verbot des § 2 I 1 GaststättenG wieder ein.

Die nachträgliche Schließung einer Gaststätte kann daher auf § 15 II GewO gestützt werden.

*vgl. BVerwG GewArch 1973, 166; OVG Münster GewArch 1972, 42.*

**bb) Formelle Rechtswidrigkeit der Schließungsverfügung**

Die Schließungsverfügung könnte schon formell rechtswidrig sein.

**(1) Zuständigkeit**

Der OB war für die Schließung nach der ZuständigkeitsVO nw zuständig.

**(2) Form**

Die Schließungsverfügung ist in der nach § 20 I OBG vorgeschriebenen **Schriftform** erfolgt und auch nach § 39 VwVfG **begründet** worden, so dass Bedenken an der Einhaltung der Formvorschriften nicht bestehen.

**(3) Verfahren**

Die nach § 28 I VwVfG erforderliche **Anhörung ist erfolgt**. Verfahrensfehler auf sonstiger Grundlage sind nicht ersichtlich.

Die Schließung ist formell rechtmäßig erfolgt.

**cc) Materielle Rechtswidrigkeit der Schließungsverfügung**

**(1) Vorliegen der Voraussetzungen der Ermächtigungsgrundlage**

Nach § 15 II GewO kann die zuständige Behörde die Schließung eines erlaubnispflichtigen Betriebes anordnen, der **ohne die erforderliche Genehmigung** betrieben wird. Der Betrieb einer Gaststätte ist nach § 2 GaststättenG erlaubnispflichtig. Allerdings war G auch in Besitz einer solchen Erlaubnis. Diese ist zwar widerrufen worden, jedoch ist der Widerruf noch nicht bestandskräftig. Der hiergegen eingelegte Widerspruch würde nach § 80 I VwGO aufschiebende Wirkung entfalten, so dass nach der Vollziehbarkeitstheorie keine rechtlichen Schlussfolgerungen von dem Widerruf abgeleitet werden dürfen und G somit bis zum Abschluss des Verfahrens so zu behandeln wäre, als ob er die Erlaubnis noch hätte. Allerdings wurde hier die sofortige Vollziehbarkeit angeordnet, so dass doch Rechtsfolgen von dem Widerruf abgeleitet werden dürfen und G vorläufig so behandelt werden kann, als ob er keine Erlaubnis hätte. Der nach Widerruf der Erlaubnis aufrechterhaltene Betrieb der Gaststätte ist daher wegen des Wegfalls des Suspensiveffekts **formell illegal**.

**(2) Ermessensausübung**

Dann übt die zuständige Behörde bei einer Schließungsanordnung ihr Ermessen in jedem Fall fehlerfrei aus, wenn **keine ausreichende Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Erlaubnisvoraussetzungen vorliegen**.

Bei einem Einschreiten gegen einen rechtswidrigen Zustand kann sich die Behörde in ihren Ermessensüberlegungen (und in ihrer Begründung nach § 39 Abs. 1 5.3 VwVfG) darauf beschränken, dass sie zum Ausdruck bringt, ihr gehe es um die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes.

vgl. VGH Mannheim NJW 1986, 395 (399).

Da G die erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, liegen die Erlaubnisvoraussetzungen nicht vor. Die Aufrechterhaltung des Gaststättenbetriebes ist daher offenkundig auch **materiell rechtswidrig**. Aus diesem Grunde ist die Schließungsanordnung offensichtlich rechtmäßig.

Erfolgsaussichten in der Hauptsache bestehen daher nicht. Gleichwohl ist damit die Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht ohne weiteres rechtmäßig.

**b) besonderes Vollzugsinteresse**

Es müsste eine besondere Dringlichkeit oder Eilbedürftigkeit für die sofortige Vollziehung der Schließungsverfügung sprechen. Ein besonderes Vollzugsinteresse ergibt sich zunächst aus dem Umstand, dass G eine ohne Erlaubnis betriebene Gaststätte unterhält, da ihm durch die Anordnung der sofortigen Vollziehung des Widerrufs der Gaststättenerlaubnis die für den Betrieb einer Gaststätte erforderliche Erlaubnis fehlt. Es liegt im besonderen öffentlichen Interesse, dass ohne Erlaubnis betriebene Gaststätten mit sofortiger Wirkung geschlossen werden, um **einer Ausweitung dieses Verhaltens vorzubeugen**. Darüber hinaus begründet die Unzuverlässigkeit des G aus den oben genannten Gründen nicht nur ein verstärktes öffentliches Interesse für die sofortige Vollziehung des Widerrufs der Gaststättenerlaubnis, sondern auch für die sofortige Vollziehung der Schließungsverfügung, da die sich aus der Unzuverlässigkeit des G ergebenden **Gefahren wirksam nur durch die gleichzeitige, sofortige Schließung** der Gaststätte **bekämpft** werden können. Da demgegenüber ein schutzwürdiges Interesse des G an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nicht ersichtlich ist, besteht ein überwiegendes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung der Schließungsverfügung gem. § 80 II 1 Nr. 4 VwGO.

**Ergebnis:** Folglich ist auch dieser Antrag nach § 80 V VwGO unbegründet.

**Wiederholungsfragen**  
**Fall 8: Der Wirt als sein bester Gast**

1. Welches ist das Antragsbegehren beim Verfahren nach § 80 V VwGO?
2. Wann ist das Verfahren nach § 80 V VwGO die richtige Antragsart?
3. Findet § 42 II VwGO auf das Verfahren nach § 80 V VwGO Anwendung?
4. Ist die Einlegung von Widerspruch Zulässigkeitsvoraussetzung für einen solchen Antrag?
5. Was versteht man unter Suspensiveffekt?
6. In welchen Fällen tritt trotz Einlegung von Widerspruch kein Suspensiveffekt ein?
7. Muss vor Stellung des Antrags auf Wiederherstellung/Anordnung der aufschiebenden Wirkung ein entsprechender Antrag an die Behörde gestellt werden?
8. Welches Gericht ist für ein solches Verfahren zuständig?
9. Ist auch im Rahmen des vorläufigen Rechtsschutzes eine Antragshäufung möglich?
10. Was ist die Rechtsgrundlage für eine AOsV?
11. Ist vor Erlass einer AOsV eine Anhörung erforderlich?
12. Wann ist die AOsV materiell rechtmäßig?
13. Nach welcher Vorschrift wird eine Gaststättenerlaubnis widerrufen?
14. Wann ist der Widerruf einer Gaststättenerlaubnis zulässig?
15. Handelt es sich hierbei um eine Ermessensentscheidung?
16. Wo ist die Unzuverlässigkeit des Gastwirtes geregelt?
17. Was ist eine Schließungsverfügung?
18. Welche Funktion hat sie?
19. Nach welcher Vorschrift erfolgt die Schließung einer Gastwirtschaft?
20. Wann ist eine Schließung zulässig?
21. Handelt es sich hierbei um eine gebundene Entscheidung?