

Klausurenkurs an der HS Bund

Übungsklausur
Verwaltungsrecht

Ausgabe Sachverhalt: 10.08.2023
Besprechung: 17.08.2023 um 16:30 Uhr über WebEx

Für zusätzliche Anmerkungen und Beispiele beachte die dazugehörige PowerPoint-Präsentation bei Ilias:

Magazin > 01 Grundstudium > 02 Lernmaterialien von Hochschullehrenden > Maciejewski, Karim, Dr., Prof., Dozent, Zentraler Lehrbereich Brühl > Klausurtraining > Sachverhalte und Lösungsvorschläge > SoSe 2023 > 14. Verwaltungsrecht_17.08.23

Zum Fall mit Ermessensfehlern auch noch > 8. Verwaltungsrecht_22.06.23

Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung

Die Gewerbeuntersagung ist rechtmäßig, wenn sie aufgrund einer Ermächtigungsgrundlage formell und materiell rechtmäßig erlassen worden ist.

I. Ermächtigungsgrundlage

Nach dem Vorbehalt des Gesetzes (Art. 20 III GG) bedarf es für Maßnahmen der Eingriffsverwaltung einer gesetzlichen oder aufgrund einer gesetzlichen Grundlage erlassene Ermächtigungsgrundlage (EGL). Im hiesigen Fall wird dem A die Ausübung seines Gewerbes untersagt. Damit wird in die Rechte des A eingegriffen, sodass eine EGL erforderlich ist. Als taugliche EGL kommt hier § 35 I GewO in Betracht.

II. Formelle Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung

Das Vorgehen müsste formell rechtmäßig sein, das heißt Zuständigkeit, Verfahren und Form müssten eingehalten worden sein.

1. Zuständigkeit

Laut Sachverhalt hat das zuständige Gewerbeaufsichtsamt die Ausübung des Gewerbes verboten.

2. Verfahren

Gem. § 28 I VwVfG ist vor Erlass eines belastenden Verwaltungsakts (VA), der in die Rechte des A eingreift, eine Anhörung durchzuführen.

a) Verwaltungsakt, § 35 S. 1 VwVfG

Hierzu müsste die Gewerbeuntersagung einen VA i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG darstellen. Ob es sich um einen VA handelt, richtet sich primär nach der äußeren Form des Verwaltungshandelns.

Hier wird jedoch nichts darüber mitgeteilt, sodass es vorliegend auf den Inhalt der Maßnahme ankommt.

Gemäß § 35 S. 1 VwVfG handelt es sich bei einem VA um eine hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mit unmittelbarer Außenwirkung trifft.

aa) Hoheitliche Maßnahme einer Behörde

Die Gewerbeuntersagung ist eine Handlung mit Erklärungsinhalt, die das Gewerbeaufsichtsamt vorgenommen hat, also eine Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, § 1 IV VwVfG.

Zudem ergeht die Untersagung in einem Über-/Unterordnungsverhältnis. Damit liegt eine hoheitliche Maßnahme einer Behörde vor.

bb) Gebiet des öffentlichen Rechts

Entscheidend kommt es auf die streitentscheidenden Normen an. Diese müssten öffentlich-rechtlicher Natur sein.

Die Normen sind nach der modifizierten Subjektstheorie dann öffentlich-rechtlicher Natur, wenn sie ausschließlich Träger hoheitlicher Gewalt berechtigten oder verpflichten. Im vorliegenden Fall sind die Vorschriften der Gewerbeordnung maßgebend. § 35 I 1 GewO berechtigt Behörden, also Träger hoheitlicher Gewalt, die Ausübung eines Gewerbes zu untersagen. Die Vorschrift ist somit öffentlich-rechtlicher Natur und ist auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts angesiedelt.

cc) Regelung

Die Gewerbeuntersagung müsste auf das Setzen einer unmittelbaren, verbindlichen Rechtsfolge gerichtet sein. Dies ist der Fall, wenn Rechte oder Pflichten aufgehoben, verändert, begründet, verneint oder verbindlich festgestellt werden. Hier wird das Recht des A, ein Gewerbe auszuüben, aufgehoben. Damit ist die Maßnahme darauf gerichtet, eine verbindliche Rechtsfolge unmittelbar zu setzen.

dd) Einzelfall

Die Untersagung richtet sich an A, einen bestimmten Adressaten, in einer konkreten Situation und ist damit konkret-individuell. Folglich regelt sie einen Einzelfall.

ee) Außenwirkung

Die Maßnahme ist auch dazu bestimmt, unmittelbar auf die Rechte des A, einer außerhalb der handelnden Verwaltung stehenden Person, einzuwirken.

ff) Zwischenergebnis

Folglich stellt die Gewerbeuntersagung einen VA i.S.d. § 35 S. 1 VwVfG dar.

b) Belastend

Der VA müsste in die Rechte des A eingreifen. Durch die Gewerbeuntersagung darf A die Boutique nicht weiterführen. Damit wird seine Rechtsstellung zum Nachteil verändert und in seine Rechte eingegriffen. Der VA ist für A belastend.

c) Anhörung

Somit ist vor Erlass des VA nach § 28 I VwVfG eine Anhörung durchzuführen. Fraglich ist, ob eine solche hier durchgeführt wurde. Die Anhörung ist an keine Form gebunden und kann schriftlich, elektronisch oder mündlich erfolgen. A wurde vom zuständigen Mitarbeiter des Gewerbeaufsichtsamts angerufen und konnte sich zu dem Sachverhalt äußern. Damit ist die erforderliche Anhörung mündlich durchgeführt worden.

3. Form

Mangels anders lautender Angaben ist davon auszugehen, dass die Gewerbeuntersagung inhaltlich hinreichend bestimmt (§ 37 I VwVfG) und begründet (§ 39 I 1 VwVfG) war. Die Formvorschriften wurden folglich eingehalten.

4. Zwischenergebnis

Die Gewerbeuntersagung war formell rechtmäßig.

III. Materielle Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung

Weiterhin müsste die Gewerbeuntersagung materiell rechtmäßig sein. Dies ist der Fall, wenn die Voraussetzungen der EGL vorliegen und das Gewerbeaufsichtsamt die richtige Rechtsfolge gewählt hat.

1. Tatbestand / Voraussetzungen der EGL

a) Vorliegen eines Gewerbes

Bei dem Betrieb der Damenboutique müsste es sich um ein Gewerbe i.S.d. § 35 I GewO handeln, das keiner gewerberechtlichen Genehmigung bedarf, § 35 VIII GewO. Hierunter ist jede erlaubte, selbstständige, auf Gewinnerzielung gerichtete, nachhaltige, d.h. auf gewisse Dauer angelegte Tätigkeit zu verstehen, die nicht Urproduktion (Landwirtschaft), freier Beruf (vgl. den Katalog von § 1 II PartGG) oder Verwaltung eigenen Vermögens ist.

A betreibt die Damenboutique gewerbsmäßig. Die Boutique gehört auch zu keiner der nicht gewerbsfähigen Tätigkeit. Die Ausübung eines Gewerbes ist grundsätzlich genehmigungsfrei zulässig (§ 1 I GewO). Der Betrieb einer Damenboutique unterliegt auch keiner besonderen Genehmigungsbedürftigkeit.

Damit liegt ein Gewerbe i.S.d. § 35 I GewO vor.

b) Unzuverlässigkeit

A müsste unzuverlässig i.S.d. § 35 I GewO sein.

Unzuverlässig ist, wer keine Gewähr dafür bietet, seinen Gewerbebetrieb künftig den gesetzlichen Vorschriften entsprechen zu führen. Es handelt sich insoweit um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der gerichtlich voll überprüfbar ist.

Gerade bei dem Betreiben von Damenbekleidungsgeschäften gehört ein den Intimbereich der Kundinnen respektierendes Verhalten zu den Anforderungen, die an einen ordnungsgemäßen Gewerbetreibenden zu stellen sind. Da diese Belästigungen wiederholt aufgetreten sind, kann nicht von einem vereinzelt "Ausrutscher" ausgegangen werden. Vielmehr spricht daraus eine grundsätzliche Neigung des A und damit ein generelles charakterliches Defizit. Damit hat die Behörde den A zutreffend als unzuverlässig eingestuft.

2. Rechtsfolge

a) Ermessen

Gem. § 35 I 1 GewO ist die Ausübung eines Gewerbes in einem solchen Fall zu untersagen. Damit steht der Behörde hinsichtlich des „ob“ (Entschließungsermessen) der Gewerbeuntersagung kein Ermessen zu.

Hinsichtlich des „wie“ (Auswahlermessen) wurde der Behörde jedoch Ermessen eingeräumt, ob sie die Gewerbeausübung ganz oder nur teilweise untersagt. Bei dieser Entscheidung dürfen der Behörde keine Fehler unterlaufen sein, § 114 S. 1 VwGO. Ermessensfehler sind hier nicht ersichtlich.

b) Verhältnismäßigkeit

Die gänzliche Gewerbeuntersagung muss insbesondere verhältnismäßig gewesen sein. Sie muss einen legitimen Zweck verfolgen sowie geeignet, erforderlich und angemessen sein.

aa) Legitimer Zweck

Durch die Untersagung will die Behörde weibliche Kundinnen vor sexuellen Belästigungen schützen. Dies stellt einen legitimen Zweck dar. Das hierzu gewählte Mittel, die totale Gewerbeuntersagung, müsste zur Erreichung dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein.

bb) Geeignetheit

Das Mittel ist dann geeignet, wenn der damit verfolgte Zweck überhaupt erreicht oder zumindest gefördert werden kann. Durch die Untersagung kann es nicht mehr zu Belästigungen in der Boutique des A kommen. Die Maßnahme ist somit geeignet.

cc) Erforderlichkeit

Das gewählte Mittel ist erforderlich, wenn es keine mildere Maßnahme gibt, die denselben Erfolg mit gleicher Sicherheit erzielt. Denkbar wäre es, A nur den Verkauf eines bestimmten Warensortiments (bspw. Unterwäsche) zu untersagen. Allerdings stehen die Belästigungen nicht im Zusammenhang mit bestimmten Waren im Zusammenhang, sodass diese Maßnahme nicht in Betracht kommt. Die Untersagung ist somit erforderlich.

Bei diesem Prüfungspunkt könnte ihr gerne kreativ werden.

Ihr könnt alle möglichen Maßnahmen zunächst aufschreiben und dann sagen, ob diese auch milder sind und den Erfolg mit gleicher Sicherheit erzielen.

Wenn euch nichts einfällt, könnt ihr im Zweifel immer die Selbstverpflichtung nennen. A könnte eine Selbstverpflichtung unterzeichnen, in der er erklärt, dass er sich in Zukunft anders verhalten wird.

Allerdings ist diese Maßnahme nicht genauso wirksam wie eine Untersagung und erzielt den Erfolg nicht mit gleicher Sicherheit.

dd) Angemessenheit

Die Maßnahme ist angemessen, wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Eingriffsschwere und dem Gewicht des öffentlichen Gefahrenabwehrinteresses die Maßnahme noch als zumutbar erscheint.

Auf der einen Seite steht hier die Berufswahlfreiheit des A nach Art. 12 I GG im Raum, die besonderen Schutz genießt und nach der Stufenlehre des BVerfG nur zugunsten besonders wichtiger Gemeinwohlbelange beschränkt werden darf. Andererseits genießen auch die körperliche und seelische Integrität der Kundinnen sowie ihre über Art. 1 I i.V.m. Art. 2 I GG verbürgte persönliche Ehre einen hohen Stellenwert. Diese Grundrechtspositionen entfalten entsprechende Schutzpflichten des Staates und sind daher auch von den Gewerbebehörden zu beachten. Selbst wenn man A zugesteht, dass es ansonsten bisher keine Beanstandungen gegeben hat, so sind fünf (bekannt gewordene) Belästigungen innerhalb eines Zeitraums von nur drei Monaten ausreichender Anlass für eine Gewerbeuntersagung. Dies gilt umso mehr, wenn man beachtet, dass A die Möglichkeit offensteht, einen Antrag auf eine Stellvertretererlaubnis nach § 35 II GewO zu beantragen. Die Totaluntersagung ist somit auch angemessen und damit verhältnismäßig.

aA. vertretbar, zB, Untersagung, Damenkleidung zu verkaufen

3. Zwischenergebnis

Die Gewerbeuntersagung war materiell rechtmäßig.

IV. Ergebnis

Somit war die Gewerbeuntersagung rechtmäßig.