

Lösungen zu den Referenzfällen zu Teil II: Wirtschaftsverwaltungsrecht

Fall 1 – Folie 77

Sachverhalt:

A ist leidenschaftlicher Wettspieler und will sich daher mit einem Wettbüro selbstständig machen, indem er an die Glücksspielangebote des österreichischen Wettveranstalters W anknüpfen und dessen Wettangebote auf die Spiele der deutschen Fußballbundesligen vermitteln will. W verfügt in Deutschland über keine Wettveranstaltererlaubnis; sie ist nur in Österreich konzessioniert. Das Ordnungsamt O findet das alles nicht gut und will einschreiten. Kann es die in der Gewerbeordnung enthaltenen Überwachungsmechanismen gegenüber A einsetzen?

Lösung:

Das Ordnungsamt O kann die in der Gewerbeordnung enthaltenen Überwachungsmechanismen gegenüber A nur einsetzen, wenn dieser ein Gewerbe betreibt.

A. Gewerbsmäßigkeit

- I. **Selbstständigkeit (+)**
- II. **Erlaubte Tätigkeit (+)**
- III. **Fortsetzungs- und Gewinnerzielungsabsicht (+)**

B. Gewerbsfähigkeit

- I. **Keine Urproduktion (+)**
- II. **Keine Freiberuflichkeit (+)**
- III. **Keine Vermögensverwaltung (+)**

C. Ergebnis

- A betreibt ein Gewerbe, so dass O die in der Gewerbeordnung enthaltenen Überwachungsmechanismen gegenüber A einsetzen darf.

Fall 1 Abwandlung 1 – Folie 78

Sachverhalt:

Ist A im soeben geschilderten Fall unzuverlässig?

Lösung:

A ist unzuverlässig, wenn er nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens nicht die Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe künftig ordnungsgemäß ausüben wird. Dies ist gegeben, wenn sein Verhalten Anlass gibt, dass er sich nicht an geltendes Recht hält und auch in Zukunft nicht halten wird.

Da Anhaltspunkte fehlen, dass A geltendes Recht bricht oder brechen wird, liegt bislang keine Unzuverlässigkeit vor.

Fall 1 Abwandlung 2 – Folie 79

Sachverhalt:

Unterstellt A hat sich als unzuverlässig erwiesen: In welchem Titel der GewO müsste man die gegenüber A für eine Untersagung heranziehbare Rechtsgrundlage suchen?

Lösung:

Da die allgemeinen Vorschriften im Titel I der GewO keine Rechtsgrundlage für die Untersagung wegen Unzuverlässigkeit vorweisen, ist bei der Suche nach der Rechtsgrundlage zu unterscheiden, ob A ein stehendes Gewerbe, dann Suche in §§ 14 ff. GewO, ein Reisegewerbe, dann Suche in §§ 55 ff. GewO, oder ein Marktgewerbe, dann Suche in §§ 64ff. GewO, betreibt.

Fall 1 Abwandlung 3 – Folie 80

Sachverhalt:

Unterstellt es handelt sich um ein stehendes Gewerbe. Welche Rechtsgrundlage könnte eine Untersagung tragen?

Lösung:

Die Rechtsgrundlage für eine Untersagung wegen Unzuverlässigkeit an A richtet sich danach, ob das von A betriebene Gewerbe erlaubnispflichtig ist oder nicht.

Sofern das Gewerbe des A erlaubnispflichtig sein sollte, hat die Ordnungsbehörde O eine eventuell bestehende Erlaubnis aufzuheben und gemäß § 15 Abs. 2 S. 1 GewO die Fortführung des Gewerbes zu untersagen. Ob ein Gewerbe erlaubnispflichtig ist, bestimmt das Gesetz. Das von A betriebene Gewerbe könnte nach § 33d GewO erlaubnispflichtig sein. Da dies jedoch eher eine Lotterie entspricht und unter § 33h GewO fällt, ist das Gewerbe des A nicht erlaubnispflichtig.

Das erlaubnisfreie und nach § 14 GewO nur anzeigepflichtige Gewerbe des A kann die Ordnungsbehörde O gemäß § 35 Abs. 1 GewO bei Vorlage der Voraussetzungen untersagen.

Fall 2 – Folie 81

Sachverhalt:

A betreibt einen Gebrauchtwagenhandel. Um die Umsätze anzukurbeln, will er jeden ersten Sonntag in den Sommermonaten an einer sog. Automesse teilnehmen, die an ständig wechselnden Orten im Chemnitzer Umland stattfindet und sich bei den Einheimischen großer Beliebtheit erfreut. Für diejenigen, die nicht hinreichend solvent sind, will er als besonderen Service zugleich sog. 10%-Kredite anbieten. Ist das Verhalten des A gewerberechtlich zulässig? Treffen ihn irgendwelche gewerberechtlichen Unternehmerpflichten?

Lösung:

Das Verhalten des A ist gewerberechtlich zulässig, wenn es sich dabei um ein Gewerbe handelt und alle gesetzlichen Anforderungen hieran erfüllt sind. Dabei ist zwischen dem Gebrauchtwagenhandel und dem Kreditgewerbe des A zu unterscheiden.

A. Vorlage eines Gewerbes

I. Gewerbsmäßigkeit

- 1. Selbstständigkeit (+)**
- 2. Erlaubte Tätigkeit (+)**
- 3. Fortsetzungs- und Gewinnerzielungsabsicht (+)**

II. Gewerbsfähigkeit

- 1. Keine Urproduktion (+)**
- 2. Keine Freiberuflichkeit (+)**
- 3. Keine Vermögensverwaltung (+)**

III. Ergebnis

- A betreibt ein Gewerbe; die Vorschriften der GewO sind anwendbar

B. Reisegewerbe?

- prüfen, ob ein Reisegewerbe nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO vorliegt, Nr. 2 liegt nicht vor
- Reisegewerbe nach § 55 Abs. 1 Nr. 1 GewO betreibt, wer gewerbsmäßig ohne vorhergehende Bestellung außerhalb seiner gewerblichen Niederlassung Waren oder Leistungen feilbietet, vertreibt oder ankauft
- grundsätzlich Erlaubnispflicht nach § 55 Abs. 2 GewO (Reisegewerbekarte)

I. Ohne vorhergehende Bestellung (+)

II. Außerhalb der Niederlassung i. S. v. § 4 Abs. 3 GewO (+)

III. Waren oder Leistungen feilbieten, vertreiben oder ankaufen (+)

- Gebrauchtwagen = Waren
- Kreditverträge = Leistungen

IV. Kein verbotenes Reisegewerbe, § 56 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 GewO? (-)

V. Keine reisegewerbekartenfreie Tätigkeit nach § 55a oder § 55b GewO

- § 55a Abs. 1 Nr. 1 GewO (-), da nicht nur gelegentlich
- § 55a Abs. 1 Nr. 8 GewO (-), da keine Anlage von Vermögen, sondern Kredit
- § 55b GewO (-)
- keine reisegewerbekartenfreie Tätigkeit

VI. Ergebnis

- Reisegewerbe liegt vor

C. Gesamtergebnis

- nach § 55 Abs. 2 GewO braucht A eine Reisegewerbekarte

Fall 3 – Folie 82

Sachverhalt:

In Chemnitz findet die alljährliche Frühjahrsmesse statt, die die Stadt nicht selbst, sondern über das Unternehmen U, ihre 100%-ige Tochter, als festgesetzte Messe veranstaltet. A will dort seine innovativen Putzprodukte ausstellen. Als er bei U anfragt, erteilt man ihm eine Absage. Man könne ihm keinen Ausstellervertrag und Platz zuweisen, weil es an Kapazitäten fehle. Die in der Messehalle zur Verfügung stehenden Plätze seien aufgrund der ausstellenden Platzhirsche aus der Region über Jahre hinweg belegt. A würde aber nachrücken, wenn einer der „bekanntesten und bewährtesten“ Altaussteller stirbt. A will sich dieses Vergabeprozess nicht bieten lassen und fragt Sie nach dessen Rechtmäßigkeit.

Lösung:

Die Absage an A ist rechtmäßig, wenn U bei der Vergabe die gesetzlichen Anforderungen eingehalten hat. Fraglich ist, ob es sich dabei um öffentliches Recht handelt und die GewO Anwendung findet.

A. Anwendung öffentliches Recht

- A möchte Teilnehmer (Anbieter) der Messe werden und ist eine Privatperson
- U ist Veranstalter der messe und ein Unternehmen
- U ist keine Behörde, aber die Stadt ist an ihr zu 100% beteiligt
- Festsetzung der Messe durch die Behörde nach § 69 GewO durch die Behörde
- daher öffentlich-rechtliche Streitigkeit (+)

B. Ordnungsgemäße Festsetzung durch die Behörde nach § 69 GewO wohl (+)

C. Rechtmäßigkeit der Absage

- insbesondere Recht des A zur Teilnahme an der Messe gemäß § 70 GewO
- nach § 70 Abs. 3 GewO bei Platzmangel Ausschluss bestimmter Teilnehmer möglich
- wenn jedoch immer dieselben Aussteller zugelassen werden, bis sie ihre Tätigkeit nicht mehr ausüben, dann Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG (Gleichheitsgrundsatz), denn es werden immer die gleichen Aussteller von der Teilnahme an der Messe ausgeschlossen; zudem Abwechslungsgedanke
- sachlich gerechtfertigte Gründe (-)

D. Ergebnis

- Absage an A ist nicht rechtmäßig, da Vergabep Praxis unrechtmäßig ist

Fall 4 – Folie 85

Sachverhalt:

Die Ordnungsbehörde O eröffnet gegen den Wettvermittler A ein Untersagungsverfahren. Welche Vorschriften gelten? Kann A sich gegen O zur Wehr setzen, wenn die Gattin des Amtsleiters L/O selbst ein Wettbüro betreiben lässt?

Lösung:

Es gelten die Vorschriften der GewO und das VwVfG (Verwaltungsverfahrensgesetz). Grund dafür ist, dass das Verfahren auf den Erlass eines tauglichen Zielobjekts (Untersagungsverfügung = VA) gerichtet ist, das Verfahren von Amts wegen eingeleitet wird und eine hoheitliche Tätigkeit vorliegt. Die Beteiligung am Untersagungsverfahren ergibt sich aus § 13 VwVfG.

A kann im Rahmen seiner Anhörung während des Verwaltungsverfahrens die Befangenheit gemäß § 21 VwVfG rügen. Dies ist sodann von der Behörde im Rahmen des Untersagungsverfahrens zu prüfen. Dagegen kann A keinen Verstoß gegen § 20 Abs. 1 S. 1 VwVfG rügen, da dessen Voraussetzungen nicht vorliegen.

Fall 5 – Folie 86

Sachverhalt:

A findet einige Wochen, nachdem er seine Tätigkeit als Wettvermittler aufgenommen hat, ein Schreiben in seinem Briefkasten, in dem ihm die weitere Ausübung seiner Tätigkeit untersagt wird. A ist sich nun nicht sicher, ob er etwas tun muss. Was würden Sie ihm raten?

Lösung:

Zunächst ist zu prüfen, ob es sich bei der Untersagung um einen VA i. S. v. § 35 S. 1 VwVfG handelt. Ein VA ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Diese Voraussetzungen liegen bei der Untersagungsverfügung an A vor.

Folglich kann die Ordnungsbehörde diese Untersagungsverfügung gegenüber A vollstrecken, da der VA ein Titel ist und somit vollstreckt werden kann. Wenn der Betroffene gegen einen VA nicht form- und fristgerecht Rechtsmittel einlegt, wird der VA bestandskräftig und ist nur noch eingeschränkt nach §§ 48 ff. VwVfG aufhebbar.

Deshalb ist A zu raten, gegen die Untersagungsverfügung Rechtsmittel einzulegen, sofern er diese nicht für rechtmäßig erhält. Sonst ist der VA nach Ablauf der Rechtsmittelfristen bestandskräftig und A darf dann grds. sein Gewerbe nicht mehr ausüben.

Fall 5 Abwandlung 1 – Folie 86

Sachverhalt:

A nimmt seine Tätigkeit als Wettvermittler auf, zeigt diese aber nicht dem zuständigen Ordnungsamt O an. Daraufhin meldet sich O bei A und fordert A mit Hinweis auf seine gesetzlichen Pflichten zur Anzeige auf. Liegt ein Verwaltungsakt vor?

Lösung:

Es ist zu prüfen, ob die behördliche Aufforderung zur Anzeige des Gewerbes nach § 14 GewO ein VA i. S. v. § 35 S. 1 VwVfG darstellt.

Ein VA ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

1. Behörde (+)

2. Hoheitliche Maßnahme

- einseitiges Verwaltungshandeln mit Erklärungswert
- Erklärungswert ist Aufforderung zur Anzeige
- liegt vor

3. Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts (+)

4. Regelung

- wenn Maßnahme auf Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist
- Aufforderung zur Anzeige muss vollstreckbar sein; zudem Verstoß gegen Anzeige erfüllt Ordnungswidrigkeitentatbestand (§ 146 Abs. 2 Nr. 2 GewO)
- Regelung (+)

5. Mit unmittelbarer Außenwirkung (+)

6. Einzelfall (+)

7. Ergebnis

- Es liegt ein VA vor. (a. A. vertretbar)

Fall 5 Abwandlung 2 – Folie 90

Sachverhalt:

Die Untersagung, die bei A im Briefkasten liegt, sieht seltsam aus. Es ist darin von einem Bescheid und von einer Rechtsbehelfsbelehrung die Rede! A misst dem kein Bedeutung zu. Ist das zutreffend?

Lösung:

Die Verwendung des Begriffs „Bescheid“ und die Rechtsmittelbelehrung deuten auf die Vorlage eines VA hin. Einem anfechtbaren VA ist gemäß § 37 Abs. 6 VwVfG eine Rechtsbehelfsbelehrung beizulegen. Man spricht daher auch von der Vorlage eines formellen Verwaltungsakts, der kraft seiner Form bereits ein Verwaltungsakt ist, unabhängig ob die Voraussetzungen des § 35 S. 1 VwVfG erfüllt sind. Grund hierfür ist, dass die Behörde mit ihrem Handeln einen Rechtsschein gegenüber den Bürgern entstehen lässt und die dadurch entstandene Rechtssicherheit bei den Bürgern gewahrt bleiben soll.

Fall 5 Abwandlung 3 – Folie 91

Sachverhalt:

A zeigt sein Gewerbe an und erhält einen/keinen Gewerbeschein. Handelt es sich um einen VA?

Lösung:

Der an A erteilte Gewerbeschein könnte ein Verwaltungsakt sein.

Ein VA ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

1. Behörde (+)

2. Hoheitliche Maßnahme

- einseitiges Verwaltungshandeln mit Erklärungswert
- Erklärungswert ist die Bestätigung des Anzeigeneingangs
- liegt vor

3. Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts (+)

4. Regelung

- wenn Maßnahme auf Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist
- Gewerbeschein nach § 15 Abs. 1 GewO ist nur Bescheinigung des Eingangs der Anzeige, dient dem Nachweis und begründet gerade keine Rechte und Pflichten
- daher (-)

5. Mit unmittelbarer Außenwirkung (+)

6. Einzelfall (+)

7. Ergebnis

- Es liegt kein VA vor.

Sofern A keinen Gewerbeschein erhalten hat, fehlt es bereits an einer hoheitlichen Maßnahme einer Behörde. Es liegt ein Nichthandeln der Behörde vor, dem der Erklärungswert fehlt.

Es liegt kein Verwaltungsakt vor.

Fall 5 Abwandlung 4 – Folie 91

Sachverhalt:

Die Behörde erlässt eine Festsetzung im Sinne des § 69 GewO für die diesjährige Chemnitzer Frühjahrsmesse.
Handelt es sich um einen Verwaltungsakt?

Lösung:

1. **Behörde (+)**
2. **hoheitliche Maßnahme (+)**
 - auch wenn mitwirkungsbedürftiger Antrag
3. **Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts (+)**
4. **Regelung (+)**
 - Rechtserfolg = rechtlich zulässige Ausführung des Marktes
5. **Unmittelbare Außenwirkung (+)**
6. **Einzelfall (+)**
 - Regelung eines bestimmten SV, gerichtet an bestimmten Adressaten, Wirkung auch gegenüber Dritten = bestimmbarer Personenkreis
7. **Ergebnis**
 - Es liegt ein VA vor.

Fall 5 Abwandlung 5 – Folie 92

Sachverhalt:

A findet die Untersagungsverfügung am Gründonnerstag (13.04.2017) in seinem Briefkasten. Am 15.05.2017 legt er einen Rechtsbehelf ein. Die Behörde B beruft sich auf Verfristung, weil der Brief ausweislich der Akten bereits am 11.04. zur Post gegeben worden ist. Was kann A nun tun?

Lösung:

A kann innerhalb eines Monats nach Bekanntgabe der Untersagungsverfügung Rechtsbehelf gegen diese Untersagungsverfügung einlegen.

Laut Sachverhalt fand A diese am 13.04.2017. Laut ihren Akten hat die Behörde diese am 11.04.2017 bei der Post aufgegeben. Gemäß § 41 Abs. 2 S. 1 VwVfG gilt ein schriftlicher VA am dritten Tag nach Aufgabe bei der Post als bekannt gegeben. Da die Untersagungsverfügung ein schriftlicher VA ist, ist sie am 14.04.2017 als bekanntgegeben. Dass dies ein Feiertag darstellt, ist im Rahmen der Fristberechnung uninteressant. Gemäß § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1 ZPO, § 187 Abs. 1 BGB beginnt die Rechtsbehelfsfrist somit am 15.04.2018 und endet gemäß § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 1 ZPO, § 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB am 14.05.2017 um 23:59 Uhr. Der Rechtsbehelf des A wäre somit verfristet.

Da aber der 14.05.2017 ein Sonntag war, endet die Frist gemäß § 57 Abs. 2 VwGO, § 222 Abs. 2 ZPO mit dem Ablauf des nächsten Werktags. Folglich endet die Rechtsbehelfsfrist am 15.05.2017 um 23:59 Uhr. Der Rechtsbehelf des A ist demnach fristgemäß eingereicht. Dies hat A gegenüber der Behörde und in einem eventuell anschließenden Verfahren vor Gericht auszuführen.

Fall 5 Abwandlung 6 – Folie 93

Sachverhalt:

A will sein Geld nun anders verdienen. Von einem Freund hat er gehört, dass die Ausstellung sog. Plastinate (das sind präparierte menschliche Körperteile) sehr einträglich sein soll. A will eine solche Ausstellung durchführen und beantragt eine Erlaubnis nach §33a GewO. Sie wird ihm dann auch erteilt, obwohl A die Herkunft der Leichenteile nicht weiter nachweisen kann. Zeitigt die Erlaubnis irgendwelche Rechtswirkungen?

Lösung:

Gemäß § 43 Abs. 3 VwVfG entfaltet nur ein nichtiger VA keine Rechtswirkungen. Eine Nichtigkeit könnte sich aus § 44 VwVfG ergeben.

1. Absolute Nichtigkeit nach § 44 Abs. 2 VwVfG

- Verstoß gegen die guten Sitten, Nr. 6 (+); es ist menschenunwürdig, wenn die Verstorbenen dieser Verwendung ihrer Überreste nicht zugestimmt hätten, das konnte die Behörde ohne die Kenntnis der Herkunft nicht prüfen

2. Nichtigkeit nach § 44 Abs. 3 VwVfG (-)

3. Allgemeine Nichtigkeit nach § 44 Abs. 1 VwVfG

4. Ergebnis

- Die an A erteilte Erlaubnis ist gemäß § 44 Abs. 2 Nr. 6 VwVfG nichtig.

Fall 5 Abwandlung 7 – Folie 94

Sachverhalt:

A hat genug vom Glücksspiel und will ein Pfandleihgeschäft aufmachen. Er widmet sein Wettbüro entsprechend um. Wenig später kommt die Ordnungsbehörde O auf ihn zu und fragt nach der nach § 34c GewO nötigen Erlaubnis? A hält deren Beantragung für eine nutzlose Formalie und weigert sich, einen entsprechenden Antrag zu stellen. Was kann/muss O nun tun?

Lösung:

O hat das Führen des Gewerbes durch A zu untersagen, wenn dieser die hierfür erforderliche Erlaubnis nicht hat.

A. Vorlage eines Gewerbes

I. Gewerbsmäßigkeit

1. Selbstständigkeit (+)
2. Erlaubte Tätigkeit (+)
3. Fortsetzungs- und Gewinnerzielungsabsicht (+)

II. Gewerbsfähigkeit

1. Keine Urproduktion (+)
2. Keine Freiberuflichkeit (+)
3. Keine Vermögensverwaltung (+)

III. Ergebnis

- A betreibt ein Gewerbe; die Vorschriften der GewO sind anwendbar

B. Vorlage eines stehenden Gewerbes

- prüfen, ob ein stehendes Gewerbe vorliegt
- stehendes Gewerbe betreibt, wer kein Reise- oder Marktgewerbe betreibt
- also gewerbsmäßige Tätigkeit in seiner gewerblichen Niederlassung
- stehendes Gewerbe liegt vor

C. Genehmigungsbedürftigkeit („ohne erforderliche Zulassung“)?

- wenn es sich um genehmigungsbedürftiges Gewerbe handelt, dann Untersagungsverfügung nach § 15 Abs. 2 S. 1 GewO; sonst § 35 Abs. 1 GewO
- Genehmigungsbedürftigkeit nach § 34 GewO (+)

D. Rechtsfolge: Ermessen

- fehlerfreie Ausübung? – anzunehmen, da keine gegenteiligen Anhaltspunkte
- Prüfung der Verhältnismäßigkeit einer Untersagung

I. Legitimer Zweck

II. Geeignetheit

III. Erforderlichkeit

IV. Angemessenheit

V. Ergebnis zur Rechtsfolge

E. Gesamtergebnis

- A hätte Erlaubnis beantragen müssen, da antragsgebundener VA

Fall 6 – Folie 97

Sachverhalt:

A ist als fahrender Teppichhändler unterwegs. Da die Geschäfte am Wochenende besonders gut gehen, hat er sich darauf spezialisiert, sonntags von Haus zu Haus zu fahren und seine Produkte anzubieten. Als die Ordnungsbehörde O davon Wind bekommt, will sie ihm seine Tätigkeit untersagen, ihn aber nicht weiter in das Verfahren einbeziehen. O begründet die Maßnahme in der Verfügung mit den Worten „Denn am 7. Tage sollst Du ruhen!“ A meint, das täte er doch von Montag bis Donnerstag. Ist das Handeln der O rechtmäßig?

Lösung:

Das Handeln der Ordnungsbehörde O ist rechtmäßig, wenn es auf einer Rechtsgrundlage beruht und es formell und materiell rechtmäßig ist.

A. Rechtsgrundlage (Ermächtigungsgrundlage)

- O braucht eine Rechtsgrundlage, wenn sie in Grundrechte von Bürgern eingreift oder diese beeinträchtigt (Vorbehalt des Gesetzes)
- Beeinträchtigung der Berufsfreiheit des A, also Rechtsgrundlage erforderlich
- als Rechtsgrundlage kommt § 55e GewO in Betracht; aber nur Verbot, keine Rechtsgrundlage für ein Einschreiten durch Behörde
- § 60 GewO (-), weil A kein Beschäftigter ist
- § 60d GewO (-), da § 55e GewO dort nicht aufgeführt
- Rechtsgrundlage (-)
- Untersagung ist nicht rechtmäßig; Verhängung eines Bußgeldes angebracht

B. Hilfsgutachterlich: Formelle Rechtmäßigkeit

I. Zuständigkeit

II. Verfahren

- Anhörung des A, § 28 VwVfG? – (-), aber Heilung möglich durch Nachholung (§ 45 Abs. 1 Nr. 3 VwVfG)

III. Form

- grds. Formfrei
- schriftlicher Erlass aber aus Nachweisgründen empfehlenswert

C. Hilfgutachterlich: Materielle Rechtmäßigkeit

- wenn die Voraussetzungen der (nicht einschlägigen) Rechtsgrundlage des § 55e GewO erfüllt sind

I. Vorlage eines Gewerbes

1. Gewerbsmäßigkeit

- a) Selbstständigkeit (+)**
- b) Erlaubte Tätigkeit (+)**
- c) Fortsetzungs- und Gewinnerzielungsabsicht (+)**

2. Gewerbsfähigkeit

- a) Keine Urproduktion (+)**
- b) Keine Freiberuflichkeit (+)**
- c) Keine Vermögensverwaltung (+)**

3. Ergebnis

- A betreibt ein Gewerbe; die Vorschriften der GewO sind anwendbar

II. Vorlage eines Reisegewerbes, § 55 Abs. 1 GewO

1. Ohne vorhergehende Bestellung (+)

2. Außerhalb der Niederlassung i. S. v. § 4 Abs. 3 GewO (+)

3. Waren oder Leistungen feilbieten, vertreiben oder ankaufen (+)

- Teppiche = Waren; egal, ob A diese anbietet und sofort übergibt oder Bestellungen annimmt

4. Kein verbotenes Reisegewerbe, § 56 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 GewO? (-)

5. Keine reisegewerbekartenfreie Tätigkeit nach § 55a oder § 55b GewO

- § 55a Abs. 1 Nr. 1 GewO (-), da nicht nur gelegentlich; § 55b GewO (-)
- keine reisegewerbekartenfreie Tätigkeit

6. Ergebnis

- Reisegewerbe liegt vor

III. Vorlage der Voraussetzungen des, § 60d GewO

- Verletzung des § 55e GewO (+), da A seine Teppiche vorwiegend am Wochenende, also auch an Sonntagen vertreibt
- soweit Voraussetzungen des § 60d GewO erfüllt, wenn man Verletzung des § 55e GewO dazu nimmt
- Rechtsfolge: Ermessen („kann“); hier Erforderlichkeit fraglich, da Bußgeld milderes Mittel im Verhältnis zu einer kompletten Untersagung wäre

D. Gesamtergebnis

- Untersagung der O an A ist nicht rechtmäßig

Fall 7 – Folie 104

Sachverhalt:

A hat eine Genehmigung für sein Pfandleihgeschäft beantragt und wenig später auch bekommen, obwohl sie ihm aufgrund mehrerer Verurteilungen wegen Vermögensdelikten eigentlich hätte versagt werden müssen. Als der Sachbearbeiter bei O wechselt wird daher das Pfandleihgeschäft geschlossen. A beruft sich auf Vertrauensschutz und will jedenfalls sein Geld für seine Investitionen zurück, weil seine Vorstrafen doch aktenkundig waren. Zu Recht?

Lösung:

A hat Recht, wenn die Aufhebung seiner Erlaubnis und Schließung seines Pfandleihgeschäftes rechtswidrig ist und er Anspruch auf Schadenersatz in Höhe seiner Investitionen erhält.

Teil 1: Aufhebung der Erlaubnis

A. Rechtsgrundlage (Ermächtigungsgrundlage)

- Prüfung, auf welcher Rechtsgrundlage die Aufhebung beruht
- § 48 VwVfG: bei Rechtswidrigkeit des Ausgangs-VA, hier der Erlaubnis
- § 49 VwVfG: bei Rechtmäßigkeit der Erlaubnis
- hier ist Erteilung der Pfandleih-Erlaubnis bereits zum Zeitpunkt ihres Erlasses rechtswidrig gewesen, da A aufgrund von Vorstrafen unzuverlässig war, so dass § 48 VwVfG Rechtsgrundlage ist; A hätte Erlaubnis versagt werden müssen gemäß § 34 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 GewO

B. Formelle Rechtmäßigkeit

I. Zuständigkeit

II. Verfahren

III. Form

C. Materielle Rechtmäßigkeit

- wenn die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage des § 48 VwVfG erfüllt sind

I. Voraussetzungen des § 48 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 u. 4 VwVfG

- Erlaubnis = rechtswidriger VA, s. o. (+)
- Begünstigung i. S. v. § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG (+), da Erlaubnis für A Vorteil
- keine Geld- oder Sachleistung, keine direkte Anwendung von Abs. 2 u. 4, sondern über § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG
- Ausschluss der Rücknahme durch Vertrauensschutz, § 48 Abs. 2 VwVfG?

1. **Vertrauenstatbestand**

- § 48 Abs. 1 S. 2 i. V. m. Abs. 2 S. 2 Alt. 2 VwVfG: tätigte Investitionen in Vertrauen auf Bestand der Erlaubnis, die ihn zur Ausübung dieses Gewerbes legitimiert hat

2. **Schutzwürdigkeit des Vertrauens?**

- Ausschluss der Schutzwürdigkeit des Vertrauens? – ja, § 48 Abs. 1 S. 2 i. V. m. Abs. 2 S. 3 Nr. 3 VwVfG, denn A kannte seine Vorstrafen und wusste bzw. hätte wissen müssen, dass die Erlaubnis deshalb rechtswidrig gewährt wurde
- Abwägung mit dem öffentlichen Interesse, § 48 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 VwVfG: öffentliches Interesse an der Herstellung rechtmäßiger Zustände höher als Interesse des A am Bestand seiner Erlaubnis

3. **Rücknahmefrist, § 48 Abs. 4 VwVfG**

- innerhalb eines Jahres ab Kenntnis der Rechtswidrigkeit
- ursprünglicher Sachbearbeiter hatte Kenntnis, unternahm nichts
- neuer Sachbearbeiter hat nunmehr Kenntnis und handelte unverzüglich
- Kenntnis der Behörde durch ursprünglichen Sachbearbeiter zwar (+), jedoch fehlerhaftes Verhalten eines Sachbearbeiters darf Behörde nicht handlungsunfähig machen; Herstellung rechtmäßiger Zustände wiegt höher

4. **Rechtsfolge: Ermessen**

- Ermessensreduzierung auf Null, da Herstellung rechtmäßiger Zustände und Schutz der Allgemeinheit

D. **Ergebnis**

- Aufhebung der Erlaubnis ist rechtmäßig

Teil 2: Anspruch des A auf Schadenersatz wegen Investitionen

A. Anspruchsgrundlage

- § 48 Abs. 3 VwVfG

B. Voraussetzungen des § 48 Abs. 3 VwVfG

I. VA, der keine Sach- oder Geldleistung erhält

- Erlaubnis zum Betreiben eines Pfandleihgeschäfts enthält keine Gewährung einer Sach- oder Geldleistung
- (+)

II. Vermögensnachteil

- A hat Investitionen in Geschäft getätigt = Vermögensnachteil

III. Schutzwürdigkeit des Vertrauens des A

- nein, s. o.

C. Ergebnis

- mangels schutzwürdigem Vertrauens des A in Erlaubnis hat er keinen Anspruch auf Schadenersatz gegen O

Teil 3: Schließung des Betriebes

A. Rechtsgrundlage (Ermächtigungsgrundlage)

- in Betracht kommen § 15 Abs. 2 S. 1 GewO oder § 35 Abs. 1 GewO
- § 35 Abs. 1 GewO, wenn ein nicht erlaubnispflichtiges, stehendes Gewerbe vorliegt
- § 15 Abs. 2 S. 1 GewO, wenn ein erlaubnispflichtiges, stehendes Gewerbe vorliegt
- hier wegen § 34 GewO Erlaubnis notwendig, so dass § 15 Abs. 2 S. 1 GewO Rechtsgrundlage ist

B. Formelle Rechtmäßigkeit

I. Zuständigkeit

II. Verfahren

III. Form

C. Materielle Rechtmäßigkeit

- wenn die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage des § 15 Abs. 2 S. 1 GewO erfüllt sind

I. Vorlage eines Gewerbes

1. Gewerbsmäßigkeit

- a) Selbstständigkeit (+)**
- b) Erlaubte Tätigkeit (+)**
- c) Fortsetzungs- und Gewinnerzielungsabsicht (+)**

2. Gewerbsfähigkeit

- a) Keine Urproduktion (+)**
- b) Keine Freiberuflichkeit (+)**
- c) Keine Vermögensverwaltung (+)**

3. Ergebnis

- A betrieb ein Gewerbe; die Vorschriften der GewO sind anwendbar

II. Vorlage eines stehenden Gewerbes (+)

II. Vorlage der Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 S. 1 GewO

1. Betreiben des Gewerbes ohne Erlaubnis

- § 34 GewO: Erlaubnis erforderlich
- durch Rücknahme ist diese gemäß § 43 Abs. 2 VwVfG erloschen und daher besteht keine Erlaubnis für A mehr

2. Rechtsfolge: Ermessen

- Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt, keine entgegenstehenden Anhaltspunkte
- zudem Herstellung rechtmäßiger Zustände und Schutz der Allgemeinheit vor unzuverlässigem Gewerbetreibenden
- Verhältnismäßigkeit

3. Ergebnis

- Voraussetzungen des § 15 Abs. 2 S. 1 GewO liegen vor

D. Ergebnis

- Schließung des Gewerbes ist rechtmäßig

Fall 8 – Folie 106

Sachverhalt:

Auf einer seiner Touren durchs Erzgebirge fallen A die tiefen Schluchten auf, die es dort gibt. Sie motivieren ihn dazu, eine mobile Bungee-Jumping-Anlage zu bauen, mit der er in den dortigen Dörfern von Volksfest zu Volksfest ziehen kann. Die nötige Reisegewerbekarte wird A erteilt. Als O merkt, dass er keine TÜV-geprüften Seile verwendet, sondern billigere Produkte aus Japan, versiegelt O dessen Anlage. A meint, es sei noch nie etwas mit den von ihm verwendeten Seilen passiert. Die TÜV-Prüfung sei daher entbehrlich. Ist die Versiegelung rechtmäßig?

Lösung:

Die Versiegelung durch O ist rechtmäßig, wenn die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage eingehalten sind.

A. Rechtsgrundlage (Ermächtigungsgrundlage)

- § 15 Abs. 2 S. 1 GewO oder § 35 Abs. 1 GewO (-), da laut Sachverhalt Reisegewerbe (A erhielt eine Reisegewerbekarte)
- § 57 GewO (-), da A bereits Erlaubnis = Reisegewerbekarte erhalten hat
- § 60d GewO

B. Formelle Rechtmäßigkeit

- I. Zuständigkeit
- II. Verfahren
- III. Form

C. Materielle Rechtmäßigkeit

- wenn die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage des § 60d GewO erfüllt sind

I. Vorlage eines Gewerbes

1. Gewerbsmäßigkeit

- a) Selbstständigkeit (+)
- b) Erlaubte Tätigkeit (+)
- c) Fortsetzungs- und Gewinnerzielungsabsicht (+)

2. Gewerbsfähigkeit

- a) Keine Urproduktion (+)
- b) Keine Freiberuflichkeit (+)
- c) Keine Vermögensverwaltung (+)

3. Ergebnis

- A betrieb ein Gewerbe; die Vorschriften der GewO sind anwendbar

II. Vorlage eines Reisegewerbes

1. Ohne vorhergehende Bestellung (+)
2. Außerhalb der Niederlassung i. S. v. § 4 Abs. 3 GewO (+)
3. Waren oder Leistungen feilbieten, vertreiben oder ankaufen (+)
 - Sprünge = Leistungen
4. Kein verbotenes Reisegewerbe, § 56 Abs. 1, Abs. 3 S. 2 GewO? (-)
5. Keine reisegewerbekartenfreie Tätigkeit nach § 55a oder § 55b GewO (+)
6. Ergebnis: Reisegewerbe (+)

III. Vorlage der Voraussetzungen des § 60d GewO

1. Verstoß gegen dort benannte Vorschriften

- § 55 Abs. 2 GewO, wenn Reisegewerbekarte von O aufgehoben wird
 - a) **Rechtsgrundlage (Ermächtigungsgrundlage)**
 - Prüfung, auf welcher Rechtsgrundlage die Aufhebung beruht
 - § 48 VwVfG: bei Rechtswidrigkeit des Ausgangs-VA, hier der Reisegewerbekarte
 - § 49 VwVfG: bei Rechtmäßigkeit der Reisegewerbekarte
 - hier ist Erteilung der Reisegewerbekarte zum Zeitpunkt ihres Erlasses rechtmäßig gewesen
 - §49 VwVfG ist Rechtsgrundlage
 - b) **Formelle Rechtmäßigkeit**
 - (1) **Zuständigkeit**
 - (2) **Verfahren**
 - (3) **Form**

c) Materielle Rechtmäßigkeit

- wenn die Voraussetzungen der Rechtsgrundlage des § 49 Abs. 2 VwVfG erfüllt sind

(1) Reisegewerbekarte = rechtmäßiger VA, s. o. (+)

(2) Begünstigung i. S. v. § 48 Abs. 1 S. 2 VwVfG (+), da Reisegewerbekarte für A Vorteil

(3) Keine Geld- oder Sachleistung

(4) Widerrufsgrund

- § 49 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 VwVfG
- nachträglich eingetretene Tatsachen: Nutzung nicht TÜV-geprüfter Seile durch A
- Gefährdung des öffentlichen Interesses (+), da Seile besonders wichtig für Gewerbe des A und technisch nicht einwandfreie, weil nicht TÜV-geprüfte Seile, die billiger sind, ein enormes Risiko für die Gesundheit der Kunden darstellt
- dass noch nie etwas passiert ist, egal wegen enormen Risiko für Kunden und Intensität der Gefahr für Rechtsgüter der Kunden (im schlimmsten Fall Tod)

(5) Rechtsfolge: Ermessen

- Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt, keine entgegenstehenden Anhaltspunkte
- zudem Herstellung rechtmäßiger Zustände und Schutz der Allgemeinheit vor technisch nicht einwandfreier Seile und damit enorme Gefahr für Kunden
- Verhältnismäßigkeit (insbesondere gleichwertige Prüfung der Seile durch japanische Firma?)

(6) Ergebnis

- Voraussetzungen des § 49 Abs. 2 VwVfG erfüllt, materielle Rechtmäßigkeit der Aufhebung (+)

d) Ergebnis zur Aufhebung

- Aufhebung der Erlaubnis wäre (+), so dass A ohne Reisegewerbekarte handelt und § 55 Abs. 2 GewO verletzt wäre, so dass die Voraussetzungen des § 60d GewO vorliegen

2. Rechtsfolge: Ermessen

- Ermessen ordnungsgemäß ausgeübt, keine entgegenstehenden Anhaltspunkte
- zudem Herstellung rechtmäßiger Zustände und Schutz der Allgemeinheit vor technisch nicht einwandfreier Seile und damit enorme Gefahr für Kunden
- Verhältnismäßigkeit (insbesondere gleichwertige Prüfung der Seile durch japanische Firma?)

3. Ergebnis

- Voraussetzungen des § 60d GewO liegen vor

IV. Ergebnis

- materielle Rechtmäßigkeit der Versiegelung (+)

D. Ergebnis

- Versiegelung des Gewerbes ist rechtmäßig

Fall 9 – Folie 110

Sachverhalt:

Als A feststellt, dass ihn nach sächsischem Kommunalrecht die Pflicht trifft, für sein Geschäft Stellplätze vorzuhalten, wendet sich A an O und fragt, ob man da nicht „etwas machen könne“. Da O feststellt, dass in der Nähe des Sitzes des A hinreichend Parkplätze sind, ist es damit einverstanden, auf die Stellplatzpflicht Zug um Zug gegen Zahlung von 10.000 €, die O nach der Vereinbarung für Spielplätze verwenden muss, zu verzichten. A zahlt zunächst, will später aber sein Geld zurück, weil er nach der Scheidung von seiner Frau keine Kinder (mehr) mag. Besteht ein Anspruch?

Lösung:

A hat Anspruch auf Rückerstattung des Geldes, wenn kein rechtmäßiger Vertrag zwischen ihm und O besteht.

A. Rechtsgrundlage der O zur Schließung eines Vertrages mit A

- Austauschvertrag - A gibt Geld gegen Erlass der Stellplatzpflicht durch O
- sachlicher Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung? – (-), da Geld wegen Erlass der Stellplatzpflicht für Spielplätze einzusetzen ist und kein sachlicher Zusammenhang zwischen Spielplätzen und Stellplätzen besteht
- Verletzung von § 54 S. 2 VwVfG, da ein gleichlautender VA an A so nicht rechtmäßig gewesen wäre

B. Ergebnis

- keine Ermächtigungsgrundlage zum Erlass dieses Vertrages, Rückforderung ist rechtmäßig

Fall 10 – Folie 116

Sachverhalt:

A hat sich nunmehr auf das Eintreiben von Forderungen spezialisiert und betreibt ein Inkassounternehmen. Er verfährt nach dem Motto „Erst einmal Fakten schaffen!“ und treibt Forderungen ein, ohne sich nähere Gedanken über deren Berechtigung zu machen. Als O davon erfährt, schickt sie A ein Schreiben, indem sie ihm die Prüfung etwaiger Forderungen auf ihre Schlüssigkeit nahe legt, weil anderenfalls gewerbe- und strafrechtliche Konsequenzen drohen. Liegt ein Verwaltungsakt vor?

Lösung:

Es ist zu prüfen, ob das Schreiben von O ein VA i. S. v. § 35 S. 1 VwVfG darstellt.

Ein VA ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.

1. Behörde (+)

2. Hoheitliche Maßnahme

- einseitiges Verwaltungshandeln mit Erklärungswert
- Erklärungswert ist Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen
- liegt vor

3. Auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts (+)

4. Regelung

- wenn Maßnahme auf Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtet ist
- lediglich Hinweis, dass O Tätigkeit des A beobachtet und, sofern weitere Verstöße des A auftreten, handeln wird
- Regelung (-)

5. Mit unmittelbarer Außenwirkung (+)

6. Einzelfall (+)

7. Ergebnis

- Es liegt kein VA vor. Es handelt sich hierbei um einen Verwaltungsrealhandeln.

Fall 10 Abwandlung – Folie 117

Sachverhalt:

A hält das Schreiben für allerhand und will sich dagegen zur Wehr setzen? Prüfen Sie die Zulässigkeit und die Begründetheit eines entsprechenden Vorgehens?

Lösung:

Ein Vorgehen des A gegen O ist möglich, wenn es zulässig und begründet ist.

A. Zulässigkeit

I. Öffentlich-rechtliche Streitigkeit (+)

II. Statthafte Antragsart

- Schreiben von O ist kein VA, sondern Verwaltungsrealhandeln (s. vorhergehenden Fall)
- daher kein Vorverfahren i. S. v. § 58 Abs. 1 VwGO
- Feststellungsklage nach § 43 Abs. 1 VwGO ist statthafte Klageart

III. Feststellungsinteresse, § 43 Abs. 1 VwGO

- A hat Interesse, dass Schreiben für ihn ohne Belang ist und er die Ausführungen von O nicht beachten muss

IV. Keine Subsidiarität, § 43 Abs. 2 VwGO

- (+), da kein VA und somit andere Klagearten ausscheiden

IV. Ergebnis

- Klage ist zulässig

B. Begründetheit

- Feststellungsklage ist begründet, wenn die Ausführungen von O im Brief rechtmäßig sind
- nur bestehende Forderungen dürfen beigetrieben werden, so dass Ausführungen von O richtig sind
- Klage ist unbegründet

C. Ergebnis

- Die zulässige Klage des A ist unbegründet.

Fall 11 – Folie 122

Sachverhalt:

I ist Inhaber eines Gartenbauunternehmens und findet trotz florierender Auftragslage keinen Nachfolger. Daher entschließt er sich, seinen Fuhrpark, seine Mitarbeiter und seine noch offenen Aufträge in den städtischen Regiebetrieb R – ebenfalls im Ga-Bau aktiv – einzugliedern. Konkurrent K ist erbost und will sich dagegen wehren. Er fragt sich, ob vor dem VG oder vor dem AG?

Lösung:

Ob ein Verfahren vor dem VG oder dem AG zu führen ist, entscheidet sich demnach, ob eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vorliegt.

Streitgegenstand ist hier die Eingliederung des Betriebs von I in R.

Die streitentscheidenden Normen finden sich in § 94a SächsGO und § 3a UWG.

Nach der Interessentheorie, die auf die Schutzrichtung der streitentscheidenden Normen abstellt, liegt eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit vor, da diese Normen überwiegend dem Allgemeininteresse dient, auch wenn Individualinteressen der Konkurrenten ebenfalls geschützt werden.

Nach der Sonderrechtstheorie, die auf die Rechtsnatur der streitentscheidenden Normen abstellt, liegt bei § 94a SächsGO eine öffentlich-rechtliche Angelegenheit, da diese allein die Gemeinde als Hoheitsträger verpflichtet, und bei § 3a UWG eine privatrechtliche Angelegenheit vor.

Die Subordinationstheorie stellt auf das Verhältnis der Beteiligten ab. Sofern man I und K als Beteiligte sieht, wäre eine privatrechtliche Streitigkeit anzunehmen. Da aber K gegen R vorgehen muss, der ein öffentlich-rechtliches Unternehmen darstellt, könnte ein Über-Unterordnungsverhältnis angenommen werden, so dass eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit anzunehmen wäre.

Die besseren Argumente sprechen für die Annahme einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit, so dass K vor dem VG klagen müsste.

Fall 12 – Folie 123

Sachverhalt:

A erhält eine Untersagungsverfügung, die ihm die Fortführung seines Betriebs verbietet. Sie wird für sofort vollziehbar erklärt. A möchte nun dagegen sofort Rechtsschutz und fragt Sie, wie er vorgehen soll.

Lösung:

Die Untersagungsverfügung ist ein VA i. S. v. § 35 S. 1 VwVfG, so dass A hiergegen Widerspruch nach § 68 Abs. 1 S. 1 VwGO einlegen muss. Dabei handelt es sich um ein Vorverfahren bei der Verwaltungsbehörde. Grundsätzlich hat der Widerspruch und die anschließende Anfechtungsklage, sofern der Widerspruch erfolglos blieb, gemäß 80 Abs. 1 VwGO aufschiebende Wirkung. Das bedeutet, dass A seinen Betrieb zunächst bis zu einer Entscheidung fortführen darf.

Sollte die Behörde gemäß § 90 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 VwGO die sofortige Vollziehung angeordnet haben, kann A gemäß § 80 Abs. 5 VwGO beantragen, die aufschiebende Wirkung unter den dort genannten Voraussetzungen wiederherzustellen, so dass A bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache seinen Betrieb fortführen kann. Hierbei handelt es sich um den vorläufigen Rechtsschutz.

Fall 13 – Folie 125

Sachverhalt:

A will sich nunmehr als Herausgeber einer Tageszeitung versuchen. Aufgrund des innovativen Layouts und Inhalts seiner Produkte gehen die Geschäfte gut und er kann immense Marktanteile in Chemnitz generieren. Der bisherige Platzhirsch P, der die seriöse Tageszeitung „Chemnitzer Kurier“ herausgibt, kämpft ums Überleben. Als P im Stadtrat vorspricht, werden ihm 100.000 € als Einmalzahlung per „Bescheid“ gewährt, um in Chemnitz die Meinungsvielfalt zu erhalten. Denn würde P Insolvenz anmelden müssen, hätte A eine zu große Meinungsmacht. Als A merkt, dass P ihm seine Redakteure abwirbt, indem er ihnen den doppelten Monatslohn in Aussicht stellt, will A gegen die Maßnahme der Stadt Chemnitz vorgehen. Was würden Sie ihm raten?

Lösung:

Zunächst ist zu prüfen, ob der an P ergangene „Bescheid“ einen VA darstellt. Dann kann er gegen diesen Widerspruch einlegen. Da A gegen die Maßnahme der Stadt Chemnitz vorgehen will, liegt jedenfalls unproblematisch eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor.

Im Rahmen des Widerspruchs kann dann die Rechtmäßigkeit der Geldleistung an P und insbesondere etwaige europarechtliche Vorgaben geprüft werden.

Fall 14 – Folie 133

Sachverhalt:

A wird, als er sein Pfandleihgeschäft eröffnet, von der IHK zu Beiträgen herangezogen. Dagegen will er sich wehren. Einerseits will er sich nicht zu irgendwelchen Zahlungen zwingen lassen, andererseits findet er die Stellungnahmen z.B. zum Bereich Umweltschutz seitens der Kammern, aber auch seitens des DIHT unzutreffend. Damit will er nicht in Verbindung gebracht werden. Kann er dagegen vorgehen? Ändert sich etwas, wenn A aus Österreich stammt?

Lösung:

Gemäß § 2 IHKG sind alle dort umschriebenen Gewerbetreibenden Zwangsmitglieder in einer IHK. A, der ein Gewerbe führt, welches gemäß § 34 GewO erlaubnispflichtig ist, ist somit Zwangsmitglied und hat die festgesetzten Beiträge an die IHK abzuführen.

Es gibt zwar die Möglichkeit der Senkung der Beiträge, sofern ein Mitglied nicht in vollem Umfang leistungsfähig ist. Diese Voraussetzungen erfüllt A jedoch nicht. Er möchte nur mit den Stellungnahmen der IHK und des DIHT nicht in Verbindung gebracht und auch nicht zu Zahlungen verpflichtet werden. Hintergrund ist, dass der IHK wichtige Funktionen verfolgt, für die er auch mithilfe der Beiträge in die Lage versetzt wird.

Dagegen könnte der Umstand, dass A aus Österreich stammt, infolge der Anwendbarkeit der Grundfreiheiten zu einem anderen Ergebnis führen, wenn hierdurch u. a. der Marktzugang beeinträchtigt wird.

Fall 15 – Folie 143

Sachverhalt:

Z betreibt seit sieben Jahren in der kreisfreien Stadt C ein Modegeschäft und beschäftigt insgesamt vier Verkäuferinnen. Seit zwei Jahren ist er mit Topmodel Trixi liiert und befindet sich seit dieser Zeit wegen des exklusiven Lebensstils trotz erfolgreich laufender Geschäfte in großen Finanznöten.

Seine Schulden im Rahmen der Einkommensbesteuerung für die letzten beiden Jahre belaufen sich auf 150.000 €. Im Juli des letzten Jahres fand der zuständige gesetzliche Versicherungsträger heraus, dass Z seit 18 Monaten die von den Arbeitnehmern einbehaltenen Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von insgesamt 60.000 € nicht abgeführt hat. Zudem melden sich bei der Polizei zwei ehemalige Verkäuferinnen, die glaubwürdig angeben, während ihrer Tätigkeit erheblichen sexuellen Belästigungen durch Z ausgesetzt gewesen zu sein. Die von der Staatsanwaltschaft eingeleiteten Ermittlungen sind noch nicht abgeschlossen.

Die Stadt C erlässt, nach Anhörung der IHK sowie von Z selbst, einen Bescheid, durch welchen sie ihm die Ausübung des bisherigen Gewerbes und aller anderen Gewerbe untersagt. Das Nichtabführen der Sozialversicherungsbeiträge belege, dass er nicht die Gewähr für den ordnungsgemäßen Betrieb irgendeines Gewerbes biete. Im Rahmen der Anhörung habe er zudem deutlich gemacht, dass er die rückständigen Beträge nicht begleichen will. Steuerrückstände seien ein wichtiges Indiz für seine wirtschaftliche Leistungsunfähigkeit. Bezüglich der sexuellen Belästigung der weiblichen Angestellten läge ebenfalls eine Unvereinbarkeit mit jeglicher gewerblicher Tätigkeit vor.

Daher müsse man ihm die Ausübung aller Gewerbe untersagen. Der dadurch entstehende Verlust der Arbeitsplätze wurde bedacht, konnte aber angesichts der Schwere der Verfehlungen an der Entscheidung nichts ändern.

Prüfen sie in einem Rechtsgutachten, ob die Untersagung rechtmäßig ist!

Hinweis: Die kreisfreie Stadt C ist sachlich zuständig nach § 2 SächsGewODVO.

Lösung:

Obersatz: Die Untersagung ist rechtmäßig, wenn sie auf einer tauglichen Ermächtigungsgrundlage beruht sowie formell und materiell rechtmäßig ist.

A. Ermächtigungsgrundlage

1. Erforderlichkeit einer Erlaubnis?

- im stehenden Gewerbe grundsätzlich nur Anzeigepflicht nach § 14 GewO
- aber ausnahmsweise genehmigungsbedürftige Tätigkeiten nach §§ 29 ff. GewO?
- hier keine Erlaubnis erforderlich

2. Ermächtigungsgrundlage für Versagung

- § 35 I GewO (-)

B. Formelle Rechtmäßigkeit

1. Zuständigkeit, § 2 SächsGewODVO (+)

2. Verfahren

- Anhörung des Z nach § 28 Abs. 1 VwVfG (+)
- Anhörung der Industrie- und Handelskammer nach § 35 Abs. 4 GewO (+)

3. Form (+)

4. Ergebnis

- Formelle Rechtmäßigkeit (+)

C. Materielle Rechtmäßigkeit

1. Stehendes Gewerbe

- Betreiben eines Modegeschäftes (+)

2. Unzuverlässigkeit des Z

- unzuverlässig ist, wer keine Gewähr dafür bietet, dass er in Zukunft sein Gewerbe ordnungsgemäß ausüben wird
- Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen der Arbeitnehmer; fehlendes Unrechtsbewusstsein des Z, da er in der Anhörung den Anschein erweckte, er wolle die rückständigen Beiträge nicht begleichen
- Vorwurf der sexuellen Belästigung in zwei Fällen

3. Rechtsfolge: kein Ermessen

4. Verhältnismäßigkeit der Untersagungsverfügung

a) Legitimer Zweck

b) Geeignetheit

c) Erforderlichkeit

- Gibt es ein milderes Mittel?

d) Angemessenheit

- Abwägung Unzuverlässigkeit – Verlust der Arbeitsplätze im Geschäft des Z

C. Gesamtergebnis

- Die Untersagung ist rechtmäßig ergangen.