

**Übung im öffentlichen Recht für Vorgerückte**  
Lösungshinweise zu den Fällen vom 17. Dezember 02

---

**Fall 1**

Das Verwaltungsgericht wird die Gewerbeuntersagung aufheben, wenn die dagegen gerichtete Klage zulässig und begründet ist.

Im Rahmen der Zulässigkeit der Klage gibt es keine Probleme. Es handelt sich um eine Anfechtungsklage, so dass die Begründetheit sich nach § 113 I VwGO richtet.

Die Klage ist begründet, wenn die Gewerbeuntersagung nicht auf § 35 GewO gestützt werden kann und G dadurch in seinen Rechten verletzt ist. Andere Rechtsgrundlagen für die Gewerbeuntersagung sind nicht ersichtlich.

§ 35 GewO setzt als erstes voraus, dass das fragliche Gewerbe keiner besonderen Zulassung bedarf. Wenn Letzteres der Fall sein sollte, richtet sich das Einschreiten der Behörde nach den Regeln über die Aufhebung der Zulassung nach § 15 II 1 GewO. Da im Sachverhalt von einer Zulassung nicht die Rede ist, ist diese Voraussetzung erfüllt. Behördliches Einschreiten gegen das Gewerbe richtet sich darum nach § 35 GewO. Die Ausübung des Gewerbes kann untersagt werden, ohne dass dem eine Zulassung, die erst aufgehoben werden müsste, entgegensteht.

Formelle Bedenken können gegen die Gewerbeuntersagung nicht erhoben werden.

Tatbestandlich setzt § 35 I 1 GewO Unzuverlässigkeit und ein Schutzbedürfnis voraus. Liegen diese Voraussetzungen vor, ist die Rechtsfolge "Untersagung" zwingend. Ein Ermessen ist nicht eröffnet.

Bezogen auf den Zeitpunkt "Widerspruchsbescheid" liegen diese Voraussetzungen vor. Erhebliche Zahlungsrückstände bei Lohnsteuern und Sozialversicherungsbeiträgen sind ein wichtiger Beispielfall für "Unzuverlässigkeit", einen unbestimmten Rechtsbegriff ohne Be-

urteilungsspielraum. Bei diesem Beispielsfall ist eine Untersagung auch zum Schutz der im Betrieb Beschäftigten erforderlich.

Fraglich ist aber, welche Auswirkungen es hat, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen für die Gewerbeuntersagung nach dem Erlass des Widerspruchsbescheides im Laufe des gerichtlichen Verfahrens entfallen sind. Beurteilt man den Fall nach der Sachlage im Juni 2000, so ist die Untersagung rechtswidrig; legt man dagegen die Sachlage von 1999 zugrunde, so ist die Untersagung rechtmäßig. Die Fallfrage spitzt sich folglich darauf zu, was der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Erfolgsaussichten einer Anfechtungsklage ist., der Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung oder der Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung.

Als Grundsatz gilt, dass der Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung maßgebend ist, weil zu diesem Zeitpunkt die Behörde den Verwaltungsakt letztmalig beeinflussen konnte. Spätere Änderungen der Sachlage hätte die Behörde in dem Verwaltungsakt nicht berücksichtigen können. Den Verwaltungsakt deswegen für rechtswidrig zu erklären, würde die Behörde dem Vorwurf rechtswidrigen Handelns aussetzen, obwohl die Behörde nach den ihr bekannten oder erkennbaren Umständen rechtmäßig gehandelt hat.

Von diesem Grundsatz gibt es eine Reihe von Ausnahmen, die Richterrecht sind und bei denen die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor Gericht (mit Ausnahme des Revisionsgerichts) maßgebend ist. Hierzu Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl., 2000, § 24 Rdnr. 7 ff.

Eine der Ausnahmen betrifft Verwaltungsakte mit Dauerwirkung. Diese erschöpfen sich nicht in einer einmal erfolgenden Regelung, sondern würden sich gegenüber dem Adressaten ständig neu aktualisieren, so dass sie für die gesamte Geltungsdauer mit dem geltenden Recht übereinstimmen müssten. Die Gewerbeuntersagung ist ein solcher Verwaltungsakt mit Dauerwirkung, weil der Adressat ein Gewerbe während der gesamten Geltungsdauer des Verwaltungsakts nicht mehr ausüben darf. Daraus hatte die Rechtsprechung früher abgeleitet, dass eine Gewerbeuntersagung während ihrer gesamten Geltungsdauer dem jeweils geltenden Recht entsprechen müsse. Daraus wiederum hat die Rechtsprechung abgeleitet, dass Änderungen der Sach- und Rechtslage während eines laufenden gerichtlichen Verfahrens über eine Gewerbeuntersagung vom Gericht zu berücksichtigen seien, obwohl die Behörde sie nicht hätte berücksichtigen können. Allerdings sei dann die zeitliche Reichweite einer gerichtlichen

Aufhebung beschränkt. Diese erfolge ex nunc, nicht ex tunc. Legt man dies zugrunde, so ist die Anfechtungsklage des G begründet.

Das BVerwG hat seine Rechtsprechung aber inzwischen geändert (E 65, 1). Nunmehr wird die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung zugrunde gelegt. Die Anfechtungsklage des G wäre dann unbegründet. Das BVerwG begründet die Änderung seiner Rechtsprechung mit der Einfügung von Abs. 6 in § 35 GewO, der der bisherigen Rechtsprechung die Grundlage entzogen habe. Nach dieser Vorschrift werden nachträgliche Änderungen der Sach- und Rechtslage nicht in dem Untersagungsverfahren und dem daran anschließenden Rechtsmittelverfahren, sondern in einem besonderen Wiedergestattungsverfahren berücksichtigt. Diese Unterscheidung schließt es aus, Umstände, die für die Wiedergestattung maßgebend sind, im laufenden Anfechtungsprozess zu berücksichtigen. § 35 VI 1 GewO soll die Untersagungsbehörde entlasten. Sie soll nicht von sich aus die fortdauernde Rechtmäßigkeit einer Untersagung prüfen müssen, sondern dazu nur verpflichtet sein, wenn ein Wiedergestattungsantrag gestellt wird.

Ein weiteres Argument für die Nichtberücksichtigung nachträglicher Änderungen der Sach- und Rechtslage ist die Fristbestimmung in § 35 VI 2 GewO. Würde man in einem Anfechtungsverfahren über eine Gewerbeuntersagung nachträgliche Änderungen der Sach- und Rechtslage berücksichtigen, so könnte § 35 VI 2 GewO umgangen werden. Es leuchte nicht ein, diejenigen, die eine zunächst rechtmäßige Gewerbeuntersagung möglicherweise aus Einsicht nicht anfechten, gegenüber denjenigen zu benachteiligen, die trotz anfänglicher Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung Rechtsmittel einlegen (BVerwG NVwZ 1991, 372).

Aus § 35 VI GewO folgt darum, dass für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Gewerbeuntersagung der Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung maßgeblich sein muss. Dann ist im vorliegenden Fall die Gewerbeuntersagung rechtmäßig und die Klage des G unbegründet.

G müsste, um wieder zugelassen zu werden, einen Antrag nach § 35 VI GewO stellen und, falls dieser abgelehnt werden sollte, Verpflichtungswiderspruch, ggf. Verpflichtungsklage erheben. Die Rechtskraft des klageabweisenden Anfechtungsurteils stünde dem nicht entgegen.

## Fall 2

Auch bei Fall 2 stellt sich die Frage nach dem maßgeblichen Zeitpunkt. Kommt es auf den Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung an, so ist die Klage unbegründet. Kommt es auf den Zeitpunkt der letzten tatsächengerichtlichen Entscheidung an, so ist die Klage begründet. Im Unterschied zu Fall 1 fehlt hier eine spezielle Vorschrift, welche diese Alternative entscheidet. Der Meinungsstreit über die Frage nach dem maßgeblichen Zeitpunkt ist darum in voller Breite aufzurollen.

Ein weiterer Unterschied liegt darin, dass die Gewerbeuntersagung ein gebundener, die Ausweisung dagegen ein Ermessensverwaltungsakt ist. Dies macht die Berücksichtigung nachträglicher Gesichtspunkte schwieriger, weil die Behörde keine Gelegenheit hatte, solche Gesichtspunkte im Rahmen ihres Ermessens zu würdigen.

Die Lösung von Fall 2 hängt davon ab, ob es für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Ausweisung ankommt

? auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung (hier: Erlass des Widerspruchsbescheides)

? auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht.

Im ersten Fall ist die Anfechtungsklage des A unbegründet, im zweiten Fall ist sie begründet.

Die Frage, ob und inwieweit eine nach Erlass des Verwaltungsaktes eintretende Änderung der Sach- oder Rechtslage sich auf die Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsaktes auswirkt, ist umstritten. Es lassen sich mehrere Ansätze zu ihrer Lösung unterscheiden.

Nach einer Meinung ist bei der Anfechtungsklage der Zeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung maßgeblich für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes, weil das **Prozessrecht** dies anordne. Nach § 79 I Nr. 1 VwGO sei Gegenstand der Anfechtungsklage der Verwaltungsakt in der Form, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden habe. Nach § 113 I 1 VwGO habe das Gericht den streitbefangenen Verwaltungsakt aufzuheben, soweit er rechtswidrig sei; das Gericht habe daher allein die Aufgabe, die Rechtmäßigkeit der Verwaltung rückblickend zu kontrollieren, nicht aber an deren Stelle in gerichtsförmiger Weise selbst zu "verwalten". Aus beiden Gründen wirkten sich nachträgliche Änderungen der Sach- und Rechtslage nicht auf die Rechtmäßigkeit eines vorher ergangenen Verwaltungsaktes aus.

tes aus. Der Bürger müsse im Fall der nachträglichen Änderung der Sach- und Rechtslage durch einen Antrag auf Aufhebung der gegen ihn gerichteten Maßnahme, notfalls im Wege der Verpflichtungsklage, verfolgen.

Nach einer anderen Meinung ist die Anfechtungsklage nach der Sach- und Rechtslage zu beurteilen, die das auf sie anzuwendende **materielle** Recht für maßgebend hält. Trotz der unterschiedlichen rechtlichen Begründung gelangt auch diese Auffassung zu dem Ergebnis, dass bei Anfechtungsklagen grundsätzlich die Sachlage im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung maßgebend sei, bei Verpflichtungsklagen die Sachlage im Zeitpunkt der letzten gerichtlichen Entscheidung (BVerwGE 82, 260, 261).

Bevor ich zu dem Meinungsstreit Stellung nehme, will ich deutlich machen, wie das Bundesverwaltungsgericht, das die zweite, die materiell-rechtliche Meinung vertritt, den vorliegenden Fall löst (BVerwGE 60, 133, 136 ff.). Das BVerwG betont das Ermessen der Ausländerbehörden. Deshalb könne die Rechtmäßigkeit der behördlichen Entscheidung nicht von nachträglichen Entwicklungen abhängen, denn solche Entwicklungen hätten im Rahmen des Ermessens nicht berücksichtigt werden können. Dafür spreche auch, dass trotz erfolgter Ausweisung ein Antrag auf erneute Ermöglichung des Aufenthalts eines Ausländers gestellt werden könne. Die gerichtliche Anfechtung einer Ausweisungsentscheidung ermögliche daher nicht auch eine gerichtliche Entscheidung über das nach Änderung der Sachlage neu zu betätigende Ermessen über die erneute Einräumung eines Aufenthaltsrechts. Art. 19 IV GG stehe dem nicht entgegen, weil etwaige Rechtsansprüche auf Aufenthaltsgewährung auch außerhalb eines Anfechtungsprozesses zu verwirklichen seien. Im Ergebnis ist danach die Anfechtungsklage des A als unbegründet abzuweisen.

Da die bisher geschilderten Meinungen im vorliegenden Fall zum selben Ergebnis gelangen, ist eine Festlegung auf eine materiell- oder prozessrechtliche Lösung nicht erforderlich.

Es gibt aber noch eine dritte Meinung, die zu einem anderen Ergebnis gelangt. Danach kommt es allein auf die Sach- und Rechtslage in dem Zeitpunkt an, auf den sich der Antrag des Klägers bezieht. Der Kläger habe es in der Hand, durch die Formulierung seines Anfechtungsantrags - Aufhebung ex nunc oder Aufhebung ex tunc - auch die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten gerichtlichen Verhandlung für maßgeblich zu erklären. Zu entscheiden habe das Gericht dann nicht darüber, ob der ursprüngliche Erlass des Verwaltungsaktes rechtmäßig

war, sondern darüber, ob die Aufrechterhaltung des Verwaltungsaktes rechtmäßig ist. Diese Entscheidung obliege aus prozessökonomischen Gründen dem Gericht. Diese Auffassung ist abzulehnen, weil die Abgrenzung der Entscheidungskompetenzen von Behörde und Gericht eine Sache des objektiven Rechts und der Disposition von Klägern entzogen ist.

Die Anfechtungsklage in Fall 2 ist demnach unbegründet.

### **Grundsatz und Ausnahmen**

Allgemein ist festzuhalten, dass sowohl prozeßrechtlich als auch materiell-rechtlich der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Begründetheit einer Anfechtungsklage grundsätzlich der Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung ist, so dass Änderungen der Sach- oder Rechtslage, die nach diesem Zeitpunkt erfolgen, sich auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes nicht auswirken. Anerkannt sind jedoch einige Ausnahmen von diesem Grundsatz:

Hauptbeispiel ist der Verwaltungsakt mit Dauerwirkung, auf dessen Rechtmäßigkeit sich auch eine nachträgliche Änderung der Sach- oder Rechtslage auswirken kann. Hierunter sind Verwaltungsakte zu verstehen, die auf Dauer angelegte Rechtsverhältnisse zum Entstehen bringen und sich ständig aktualisieren. Beispiele sind Verkehrszeichen, die Verpflichtung zum Führen eines Fahrtenbuches oder die Einweisung in die Sonderschule. Die Rechtmäßigkeit dieser Verwaltungsakte muss, da sie sich ständig aktualisieren, ständig gegeben und kontrollierbar sein. Darum kann das Verwaltungsgericht bei einer gegen sie gerichteten Anfechtungsklage auch nachträgliche Änderungen der Sach- oder Rechtslage berücksichtigen.

Von den Dauerverwaltungsakten abzugrenzen sind gestaltende Verwaltungsakte, die durch eine einmalige Regelung den Status von Betroffenen verändern, mit der Folge, dass nunmehr andere gesetzliche Vorschriften für ihn gelten (Beispiel: Entlassung aus dem Beamtenverhältnis).

Ein weiterer Ausnahmefall ist der noch nicht vollzogene Verwaltungsakt, dessen Befolgung aufgrund einer nachträglichen Änderung der Sach- oder Rechtslage von dem Adressaten billigerweise nicht mehr verlangt werden kann. Hierzu zählt die baurechtliche Abrissverfügung für eine bauliche Anlage, die aufgrund einer Änderung des Bebauungsplanes nunmehr genehmigungsfähig ist (BVerwG NJW 1986, 1187).

## **Verpflichtungsklage**

Das Regel/Ausnahme-Verhältnis bei der Anfechtungsklage dreht sich bei der Verpflichtungsklage um. Hier kommt es regelmäßig auf die Sach- und Rechtslage zur Zeit der Entscheidung des Gerichts an, weil es nicht um die Überprüfung der Ablehnung, sondern um die Frage des "Verpflichtetseins" der Behörde geht. Doch auch hiervon macht die Rechtsprechung Ausnahmen.

Bei Anträgen auf Berufszulassung oder auf andere Genehmigungen gilt der Zeitpunkt der Antragstellung, wenn der Antragsteller durch inzwischen erfolgte Rechtsänderung seinen früher bestehenden Anspruch verloren hat. Dies folgt aus dem Wesen derartiger Zulassungen und Genehmigungen als Kontrollerlaubnisse. Die Dauer des Kontrollverfahrens soll nicht zu Lasten des Antragstellers gehen.

Macht ein Kläger einen Anspruch auf dauernde Leistungen (z.B. Versorgungsbezüge) geltend, ist Voraussetzung hierfür, dass der Anspruch auch für die Zeit, für die er rückwirkend geltend gemacht wird, besteht.

Bei Zeitabschnittsgesetzen, im Wirtschafts- und Steuerrecht häufig, erstreckt die neue gesetzliche Regelung ihren zeitlichen Geltungswillen nicht auf die noch nach altem Recht beantragten Verwaltungsakte. Bei deren Erlass ist folglich die frühere Rechtslage zu berücksichtigen.