

ÜBUNG IM ÖFFENTLICHEN RECHT FÜR FORTGESCHRITTENE

BEI PROF. DR. MARKUS HEINTZEN

Lösungsvorschlag zur 3. Klausur

Fall 1: Die störende „Bierhalle“

A. Zulässigkeit

I. Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges, § 40 I VwGO

Nach § 40 I VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg eröffnet, da es sich bei der von K angegriffenen Gaststättenkonzession des E um einen Verwaltungsakt i.S.d. § 35 S.1 VwVfG und damit um hoheitliches Handeln geht.

II. Statthafte Klageart

Die statthafte Klageart beurteilt sich nach dem Begehren des Klägers, s. § 88 VwGO. K möchte gegen die Gaststättenkonzession des E vorgehen. Somit ist die Anfechtungsklage nach § 42 I VwGO die richtige Klageart.

III. Klagebefugnis, § 42 II VwGO

K ist klagebefugt, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass er durch die Gaststättenerlaubnis des E in seinen subjektiven öffentlichen Rechten verletzt ist. Aus einfachgesetzlichen Normen können solche Rechte nur hergeleitet werden, wenn sie neben dem Schutz der Allgemeinheit auch dem Schutz des Einzelnen zu dienen bestimmt sind.

In Betracht kommt vorliegend § 4 I Nr. 3 GaststG, der von „schädlichen Umwelteinwirkungen i.S.d. Bundes-Immissionsschutzgesetzes“ spricht. Damit wird ausdrücklich auf § 3 I BImSchG verwiesen. Zwar spricht § 4 I Nr. 3 GaststG im Übrigen nur von Belästigungen zu Lasten der Allgemeinheit, da die „schädlichen Umwelteinwirkungen“ i.S.d. § 3 I BImSchG aber nachbarschützenden Charakter haben, ist der drittschützende Charakter auch des § 4 I Nr. 3 GaststG zu bejahen.

IV. Vorverfahren, §§ 68 ff VwGO

K hat das Widerspruchsverfahren erfolglos durchlaufen.

V. Klagefrist, § 74 I VwGO

K muss für seine Anfechtungsklage eine Frist von 1 Monat ab Zustellung des Widerspruchbescheides einhalten.

VI. Beteiligte

Beteiligte des Rechtsstreits sind K als Kläger und als Beklagte (nach § 78 I Nr. 1 VwGO) das Land Berlin, vertreten durch die für die Gaststättenerlaubnis zuständige Behörde, im vorliegenden Fall das Bezirksamt gemäß Nr. 21 ZustKat Ord. Da die angestrebte Aufhebung der Gaststättenerlaubnis den E unmittelbar betreffen würde, ist er dem Verfahren nach § 65 II VwGO beizuladen.

Die Anfechtungsklage des K ist zulässig.

B. Begründetheit

Das Verwaltungsgericht hebt die Gaststättenerlaubnis in der Form des Widerspruchbescheides auf, wenn sie rechtswidrig ist und in die Rechte des K eingreift, s. § 113 I 1 VwGO. Dabei ist zu beachten, dass die Rechtswidrigkeit nur in dem Umfang geprüft werden kann, wie der Drittschutz der Normen reicht.

I. Zunächst rügt K die Unzuverlässigkeit des E. Die Unzuverlässigkeit ist als Versagungsgrund der Gaststättenerlaubnis in § 4 I Nr. 1 GaststG geregelt. Eine Norm hat jedoch nur dann drittschützenden Charakter, wenn sie Individualinteressen eines abgrenzbaren Kreises von Betroffenen zu dienen bestimmt ist. § 4 I Nr. 1 GaststG dient dem Schutz der Allgemeinheit und nicht Individualinteressen. Insofern rügt K mit der angeblichen Unzuverlässigkeit des E einen Verstoß gegen objektives Recht. Dass K außerdem keine auf Tatsachen beruhenden Umstände, die die Unzuverlässigkeit des E begründen könnten, anführt, kann dahinstehen.

II. In Betracht kommt des Weiteren § 4 I Nr. 3 GaststG, der durch den Verweis auf das BImSchG drittschützende Funktion hat (s. Erörterungen zur Klagebefugnis). Fraglich ist allerdings, ob die von dieser Norm vorausgesetzte Beeinträchtigung der Nachbarschaft durch die unanfechtbare Bauerlaubnis legalisiert sein könnte.

Die baurechtliche Genehmigung einer Gaststätte entfaltet Bindungswirkung dahingehend, dass die Gaststättenerlaubnis nicht aus baurechtlichen Gründen versagt werden kann. Dabei ist zu beachten, dass der Maßstab der Rücksichtnahme in § 15 I 2 BauNVO dem des § 4 I Nr. 3 GaststG entspricht: Das bedeutet, dass, wenn die von einer Gaststätte typischerweise zu erwartenden Belästigungen nach der Art des Baugebietes zulässig sind, es sich nicht um schädliche Umwelteinwirkungen oder sonstige erhebliche Nachteile i.S.d. § 4 I Nr. 3 GaststG handeln kann (BVerwG DÖV

1989, 353, 354). Über die Zulässigkeit der zu erwartenden Belästigungen entscheidet die Behörde, zu deren Regelungsgegenstand der größere Sachverhaltsbezug gegeben ist. Soweit die **typischen Immissionen** einer Gaststätte in ihrer baulichen Umgebung zu beurteilen sind, ist die Baubehörde zuständig. Sind mit dem Betrieb einer Gaststätte dagegen **atypische** Belästigungen, die mit der Person des Betreibers oder einer besonderen Betriebsweise zusammenhängen, gegeben, entfaltet die Baugenehmigung keine Konzentrationswirkung. Die von K gerügten Lärmbelästigungen, die von der Bierhalle des E ausgehen, wie An- und Abfahrtgeräusche und Unterhaltungen der Gäste, sind typische Belästigungen, die mit der konkreten baulichen Umgebung verbunden sind.

Der K kann wegen der Bindungswirkung der Bauerlaubnis die Verletzung des § 4 I Nr. 3 GaststG nicht rügen.

III. Denkbar ist noch, ein Abwehrrecht des K aus seinen Grundrechten aus Art. 14 I, 2 I und II GG abzuleiten. Dafür müsste K jedenfalls eine erhebliche Beeinträchtigung geltend machen können. Eine solche wird mit den üblicherweise mit einer Schankwirtschaft verbundenen Lärmbelästigungen durch K nicht gerügt, zumal eine Schankwirtschaft im „Allgemeinen Wohngebiet“ nach § 4 II Nr. 2 BauNVO als Regelbebauung zulässig ist. Dass die Bierhalle des E im konkreten Fall die einzige Wirtschaft in einem Einfamilienhausgebiet ist, ändert nichts an der Gebietsausweisung als allgemeines Wohngebiet und ändert sie nicht etwa in ein reines Wohngebiet nach § 3 BauNVO. Somit fehlt es an der Intensität einer möglichen Grundrechtsbeeinträchtigung.

Ergebnis: Die Klage des K ist zulässig, aber unbegründet.

2. Fall: Glück im Unglück

Begründetheit der Anfechtungsklage des A auf Aufhebung der Gewerbeuntersagung

Das Verwaltungsgericht hebt die Untersagungsverfügung in der Form des Widerspruchbescheides auf, wenn sie rechtswidrig in die Rechte des A eingreift, s. § 113 I 1 VwGO. Dafür müsste dem A in dem für den Prozess entscheidenden Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung ein Abwehrrecht gegen die Untersagungsverfügung zustehen.

I. Da die Gewerbeuntersagung die berufliche Tätigkeit des A, nämlich den Betrieb des Reisebüros versagt, kommt als Anspruchsgrundlage für ein Abwehrrecht Art. 12 I GG in Betracht. Da sich die Untersagungsverfügung nicht erledigt hat, stellt sie im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung einen Eingriff in die Berufsfreiheit des A dar. Der grundrechtliche Abwehranspruch ist seinen Voraussetzungen nach gegeben, wenn der Verwaltungsakt rechtswidrig war.

II. Da ein Eingriff in die Berufsfreiheit nach Art. 12 I 2 GG nur unter Gesetzesvorbehalt möglich ist, muss zunächst eine gesetzliche Ermächtigung für die Gewerbeuntersagung vorliegen.

In Betracht kommt hier § 35 I GewO, der nach § 35 VIII GewO jedoch nur Anwendung findet, wenn für das konkrete Gewerbe keine speziellen Vorschriften bestehen, die ihre Rechtsfolge an die Unzuverlässigkeit knüpfen. Für die Vermittlung von Reisen sind keine derartigen speziellen Vorschriften vorgesehen, insofern kann § 35 I GewO Anwendung finden.

1. Da mit dem Bezirksamt die nach Nr. 21 II b) ZustKat Ord die zuständige Behörde gehandelt hat, und der Sachverhalt keine Angaben über Verfahrens- oder Formfehler enthält, ist vom Vorliegen der formellen Voraussetzungen auszugehen.

2. Materiell ist entscheidend, ob das Tatbestandsmerkmal der **Unzuverlässigkeit** bei A erfüllt ist.

(An diesem Punkt wird eine Unzuverlässigkeitsprüfung erwartet, sie kann aber knapper als in der Lösungsskizze gehalten sein, da sie unproblematisch ist.)

Grundsätzlich ist das Merkmal der Unzuverlässigkeit aus Tatsachen, nicht aus Werturteilen, abzuleiten, des Weiteren muss die Zuverlässigkeit in Bezug auf den konkreten Gewerbebezweig vorliegen und die Allgemeinheit oder die im Betrieb Beschäftigten müssen gefährdet sein.

Im konkreten Fall betreibt A ein Reisebüro, vermittelt also Reisen. Diese Tätigkeit bringt es mit sich, dass dem A erhebliche Geldmittel anvertraut werden. Befindet sich der Gewerbetreibende in finanziellen Schwierigkeiten, dann kann befürchtet werden, dass die anvertrauten Gelder nicht ordnungsgemäß verwaltet oder weitergeleitet werden. A befindet sich in gravierenden finanziellen Schwierigkeiten, er ist bereits völlig überschuldet. Ob dieser Umstand durch eigenes Verschulden eingetreten ist, spielt keine Rolle, da dem Begriff der Unzuverlässigkeit kein Verschuldenselement innewohnt. Die Vermögensinteressen der Reisenden, die bei A buchen, sind durch seine finanzielle Situation gefährdet. Somit begründet die krasse Überschuldung von A seine Unzuverlässigkeit. Die Gewerbeuntersagung könnte daher rechtmäßig sein.

2. Da A während des Prozesses einen Lottogewinn von 600.000 € erzielt und dieses Geld zur Schuldentilgung genutzt und in sein Reisebüro eingebracht hat, ist die auf Überschuldung beruhende Unzuverlässigkeit des A inzwischen entfallen. Um die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Gewerbeuntersagung zu klären, muss entschieden werden, welcher **Beurteilungszeitpunkt** im Prozess maßgeblich ist.

a) Grundsätzlich entscheidet in einem Prozess der Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung. Diese Grundregel kennt jedoch – klageartabhängig – Ausnahmen.

b) Bei der Anfechtungsklage wird ein VA, also eine Behördenentscheidung (meist in Gestalt des Widerspruchbescheides, s. § 79 I Nr. 1 VwGO), überprüft.

Da der VA ab seinem Erlass Wirksamkeit entfaltet und im Falle einer Aufhebung „ex tunc“ aufgehoben wird, kommt es für die Beurteilung seiner Rechtmäßigkeit auf den Zeitpunkt seiner Bekanntgabe, folglich auf den Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung, an (BVerwGE 34, 155, 158; 60, 133, 135).

c) Eine Ausnahme wiederum von dieser Ausnahme besteht bei Dauerverwaltungsakten. Diese sind nicht nur einmalige Entscheidungen der Behörde, sondern werden gleichsam laufend neu bekannt gegeben und müssen nach der jeweils aktuellen Sach- und Rechtslage beurteilt werden, können also nachträglich rechtswidrig werden (z.B. Verkehrszeichen, s. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 2. Aufl., S. 446). In diesem Fall genügt dem Kläger auch im Anfechtungsprozess eine Aufhebung „ex nunc“. Da eine Untersagungsverfügung nach § 35 I GewO einen dauerhaften Eingriff in die Berufsfreiheit nach Art. 12 I GG darstellt und die Verfügung von einer zukunftsorientierten Betrachtung geprägt ist, stellt sie einen VA mit Dauerwirkung dar und wird nachträglich rechtswidrig, wenn die Unzuverlässigkeit entfällt. Bei der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung müssten alle inzwischen eingetretenen Aspekte berücksichtigt werden, mit der Folge, dass dem A aufgrund seines Lottogewinns ein Aufhebungsanspruch „ex nunc“ zustehen könnte (so die früher hM, z.B. BVerwGE 22, 16; 28, 202).

d) Von diesem Ergebnis ist die Rechtsprechung nach Inkrafttreten des neuen § 35 VI GewO abgerückt. Dieser sieht einen Antrag des Gewerbetreibenden auf Wiedergestattung und eine Entscheidung der Behörde vor, wenn die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden nachträglich entfällt. Der Gesetzgeber hat mit dieser Norm deutlich gemacht, dass er das Problem der nachträglichen Rechtswidrigkeit einer Gewerbeuntersagung gesehen hat, und hat die Entscheidung darüber der Behörde

überantwortet. Wenn das Gericht im vorliegenden Fall der Anfechtungsklage „ex nunc“ des A stattgeben würde, würde das Gericht den Grundsatz der Gewaltenteilung verletzen. Somit bleibt es im konkreten Fall beim Beurteilungszeitpunkt der letzten behördlichen Entscheidung - wie bei allen übrigen Anfechtungsklagen (BVerwGE 65, 1; BVerwG NVwZ 1991, 372).

Trotz des Lottogewinns während des Prozesses ist die Unzuverlässigkeit des A im Zeitpunkt der letzten Behördenentscheidung maßgeblich. Somit ist die Gewerbeuntersagung rechtmäßig.

Wichtig ist, dass die Bearbeiter das Problem des maßgeblichen Entscheidungszeitpunktes erkennen und möglichst mit § 35 VI GewO argumentieren; genaue Kenntnis des Meinungsstreits wird aber nicht erwartet.

Ergebnis: Die Klage des A wird keinen Erfolg haben.

Fall 3:

I. Verbotsverfügung wegen Illegalität

Die Behörde könnte eine Verbotsverfügung wegen Illegalität nach § 15 II GewO gegenüber K aussprechen.

1. Voraussetzung dafür ist, dass es sich bei dem Gewerbe des K um eine **genehmigungspflichtige Tätigkeit** handelt. Dies ist der Fall, da beim Bewachungsgewerbe eine Personalkonzession nach § 34 a I 1 GewO erforderlich ist.

2. Des Weiteren dürfte K nicht über eine wirksame Genehmigung verfügen. Da K eine Genehmigung erteilt wurde, kommt es darauf an, ob diese nichtig ist.

a) Die **Nichtigkeit eines VA** beurteilt sich nach § 44 I VwVfG.

aa) Zunächst müsste die Genehmigung rechtswidrig sein. Rechtsgrundlage für eine Genehmigung im Bewachungsgewerbe ist § 34 a I 3 GewO.

bb) Voraussetzungen für die rechtmäßige Erteilung sind die Liquidität und die Zuverlässigkeit des Antragstellers. Dass es K an der Liquidität mangelte, ist nicht ersichtlich. Es bestehen jedoch Zweifel an der notwendigen Zuverlässigkeit des K in Bezug auf das Bewachungsgewerbe. Das Merkmal der Unzuverlässigkeit ist grundsätzlich aus Tatsachen, nicht aus Werturteilen, abzuleiten. Die Zuverlässigkeit

muss in Bezug auf den konkreten Gewerbebezweig vorliegen und die Allgemeinheit oder die im Betrieb Beschäftigten müssen gefährdet sein. Vorliegend begründen die in der Vergangenheit begangenen Vermögensdelikte des K in Bezug auf das konkrete Gewerbe der Bewachung seine Unzuverlässigkeit, da er im Zuge seiner Tätigkeit Zugang zu erheblichen Vermögenswerten erlangt. Diese Vermögenswerte von Kunden des K sind durch den erleichterten Zugangsmöglichkeit auch gefährdet. Insofern lagen die Genehmigungsvoraussetzungen nicht vor und die Genehmigung ist rechtswidrig.

b) Für die Nichtigkeit eines VA bedarf es über die Rechtswidrigkeit hinaus auch noch der **Schwere und Evidenz des ihm anhaftenden Fehlers**, s. § 44 I VwVfG. Zumindest an der Evidenz dürfte es vorliegend fehlen, da die Vorstrafen des K im Genehmigungsakt offensichtlich keine Erwähnung bzw. Berücksichtigung gefunden haben (aA mit Begründung vertretbar). Daher ist die Genehmigung gültig und K hat sich nicht illegal betätigt. Eine Verbotsverfügung wegen Illegalität nach § 15 II GewO kann daher nicht die passende Maßnahme sein.

II. Rücknahme der Genehmigung

1. Da in der GewO eine eigenständige Regelung für die Rücknahme von Genehmigungen fehlt, kann **Rechtsgrundlage** für eine Rücknahme nur § 48 I 1 VwVfG sein.

2. Voraussetzung für die Rücknahme ist, dass die Genehmigung zum Zeitpunkt ihres Erlasses rechtswidrig war. Dies ist der Fall, da K wegen seiner Vorstrafen als unzuverlässig für das Bewachungsgewerbe einzustufen gewesen wäre.

3. Der **Rechtsfolge** nach eröffnet § 48 I 1 VwVfG Ermessen, das für begünstigende Verwaltungsakte, die nicht auf eine Geld- oder Sachleistung gehen, begrenzt wird durch § 48 I 2 i.V.m. § 48 IV VwVfG. Demnach kann die Behörde die Rücknahme nur innerhalb eines Jahres ab Kenntnis der die Unzuverlässigkeit begründenden Umstände erklären, sollte K nicht die Genehmigung durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt haben, s. § 48 IV i.V.m. § 48 II 3 Nr. 1 VwVfG. Da der Sachverhalt diesbezüglich nichts aussagt, muss die Behörde die Einjahresfrist einhalten.

Ergebnis: Die Behörde kann die Genehmigung des K nach § 48 I 1 VwVfG zurücknehmen. Sollte K nach erfolgter Rücknahme sein Wachschutzunternehmen fortsetzen, wäre die Tätigkeit illegal und die Behörde könnte eine Verbotsverfügung nach § 15 II GewO aussprechen.